

University of Groningen

Bescherming van bezit

Runia, Harm Hendrik

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2016

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Runia, H. H. (2016). *Bescherming van bezit: Een rechtshistorische en leerstellige studie naar de wortels en de totstandkomingsgeschiedenis van de huidige regeling in art. 3:125 BW.* [, Rijksuniversiteit Groningen]. Rijksuniversiteit Groningen.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Bescherming van bezit

De handelseditie van dit proefschrift is verschenen bij Boom juridisch onder
ISBN 978-94-6290-325-8



rijksuniversiteit
 groningen

Bescherming van bezit

Een rechtshistorische en leerstellige studie
naar de wortels en de totstandkomingsgeschiedenis
van de huidige regeling in art. 3:125 BW

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Rijksuniversiteit Groningen
op gezag van de
rector magnificus prof. dr. E. Sterken
en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op
donderdag 8 december 2016 om 16.15 uur

door

Harm Hendrik Runia

geboren op 12 oktober 1969
te Smilde

Promotor

Prof. mr. F. Brandsma

Beoordelingscommissie

Prof. mr. C.J.H. Jansen

Prof. mr. W.H.M. Reehuis

Prof. mr. L.C. Winkel

Aan mijn ouders

Gerrit Runia (13-9-1941 - † 4-12-2000)
Hendrikje Jantje ('Henny') Runia-Dik

Inhoudsopgave

Voorwoord	I
Afkortingen	III
Inleiding	V
1 Bezitsbescherming in het Romeinse recht	1
Inleiding	1
§1 Uitwendige rechtsgeschiedenis	
1.1 De <i>praetor</i> en zijn edict	6
1.2 Bezitsinterdicten: magistratelijke ge- en verboden	7
§2 De <i>legis actio sacramento in rem</i> (l.a.s.i.r.)	
2.1 De l.a.s.i.r. als aanknopingspunt voor bezitsbescherming	8
2.2 De <i>legis actio sacramento in rem</i>	8
2.3. De l.a.s.i.r. vervangen door de <i>sponsio praeiudicialis</i> en de <i>formula petitoria</i>	15
§3 Drie verklaringen voor de invoering van bezitsinterdicten	
3.1 Van Oven: <i>De bezitsbescherming en hare functies</i>	19
3.2 De procedurele verklaring	20
3.3 De politionele verklaring	34
3.3.1 De politionele verklaring en het interdict <i>uti possidetis</i>	34
3.3.2 De politionele verklaring en het interdict <i>utrubi</i>	40
- Dernburg	42
- Cuq	43
- Daube	56
- Pugsley	61
3.4 De zakelijke verklaring	63
§4 Samenvatting en conclusies	75
2 Het oude vaderlandse recht	79
Inleiding	79
§1 Bezit en bezitsbescherming in de Middeleeuwen	81
1.1 Uitgangspunt: het Romeinse recht en zijn <i>possessio</i>	81
1.2 Het canonieke recht: <i>condictio ex canone redintegranda</i>	82

1.3	Het inheemse gewoonterecht: <i>gewere</i> of <i>saisine</i>	92
1.4	Universitaire harmonisering van de bezitsbegrippen en -beschermingsprocedures	126
1.4.1	De werkwijze van de glossatoren	130
1.4.2	Gelijkstelling van <i>gewere</i> en <i>possessio</i>	136
1.4.3	Toetssteen voor het bezitsbegrip: de huurder	138
1.4.4	Toetssteen voor de bescherming: de absoluteitheid van het storingsverbod	138
§ 2	Drie bezitsacties in de Lage Landen na de Middeleeuwen	144
2.1	Achtergrond van de bezitsacties in de Lage Landen	144
2.2	Het <i>mandament van spolie</i>	146
2.3	Het <i>mandament van complainte</i>	148
2.4	Het <i>mandament van maintenue</i>	162
2.4.1	Maintenue en receptie	174
	- het gewest Holland	175
	- het gewest Utrecht	178
	- het gewest Friesland	179
	- het gewest Brabant	180
2.4.2	Samenvatting	183
§ 3	Samenvatting en conclusies	185
3	Het WNH, de Cc en het OBW	193
	Inleiding	193
§ 1	De invloed van Pothier en de vrederechters	197
1.1	Bezit en bezitsacties in Pothiers <i>Traité de la possession</i>	197
1.1.1	Pothiers bezitsbegrip is Romeinsrechtelijk	197
1.1.2	Pothier en de bescherming van de houder	202
1.1.3	Pothier noemt drie bezitsacties	204
	De <i>complainte en cas de saisine et nouvelleté</i>	206
	De <i>complainte en matière de bénéfices</i>	208
	De <i>action de réintégrande</i>	209
	Geen bezitsactie voor roerende zaken	213
1.2	Bezitsbescherming door vrederechters	214
§ 2	Bezitsbescherming in het WNH (1809-1811)	220
2.1	De bezitsregeling van het WNH	220
2.2	De bescherming van roerende goederen	222
2.2.1	Het vraagstuk: <i>Bezit geldt als volkomen titel?</i>	222
2.2.2	De <i>saisine</i> -rechtelijke achtergrond van de regel	223

2.2.3	Verklaring voor de regel ' <i>Bezit geldt als titel</i> '	226
2.2.4	De rechtspraak van het <i>Châtelet de Paris</i> is niet uniek	231
2.2.5	Het WNH: waarom de toevoeging ' <i>volkomen</i> '?	242
2.3	Bezitsbescherming van onroerende goederen	249
2.4	De positie van de houder in het WNH	251
§ 3	Bezitsbescherming in de <i>Code civil</i> (1811-1838)	253
3.1	De bezitsregeling van de <i>Code civil</i>	253
3.2	Bezitsbescherming van onroerende goederen	254
3.3	Bezitsbescherming van roerende goederen	254
3.4	Bezitsovergang ten gevolge van de regel ' <i>le mort saisit le vif</i> '	254
3.5	Bezitsbescherming verdeeld over materieel en formeel recht	255
3.6	De positie van de houder in de <i>Code civil</i>	259
§ 4	Bezitsbescherming in het OBW (1838-1992)	260
4.1	De opdracht om de <i>Code civil</i> te vervangen	260
4.2	Bezitsbescherming in het Ontwerp Kemper (Ontwerp 1816)	262
4.3	Bezitsbescherming in het Ontwerp 1820	264
4.3.1	Bescherming voor de houder	266
4.3.2	Het Ontwerp kent drie bezitsvorderingen	267
4.3.3	Nalatenschappen: aanvaarding in plaats van <i>saisine</i>	268
4.4	De omwerking van het Ontwerp 1820 tot het OBW	270
4.4.1	Een 'Babylonische' bezittitel	271
4.4.2	De werkwijze: de vraagpuntenprocedure	273
4.4.3	De 'vercodecivilisering' van het Ontwerp 1820	273
4.4.4	De vraagpuntenprocedure en de bezittitel	274
	- Uitsluiting van de 'natuurlijk bezitter'	277
	- Aanvaarding van de regel <i>le mort saisit le vif</i>	277
4.4.5	Pothier als uitgangspunt voor de bezittitel	279
4.4.6	Twee bezitsacties: <i>maintenue</i> en <i>réintégrande</i>	281
	- <i>Réintégrande</i> bestrijkt óók roerende goederen	285
4.4.7	Eindredactie: verschil bezitsstoring en -verlies vervaagt	288
	- Reden voor overheveling inhoud bezitsacties	290
4.4.8	De gewijzigde eindredactie veroorzaakt verwarring	292
	- Verwarring over het bezitsbegrip	292
	- Verwarring over het aantal bezitsacties	295
4.4.9	Bezitsacties buiten de bezittitel	300
	- De terugkeer van het mandament van inmissie	301
	- De bezitsactie voor roerende goederen	302
§ 5	Samenvatting en conclusies	306

4	Bezitsbescherming in het huidige BW	317
	Inleiding	317
§ 1	De bezitsregeling van het Ontwerp	323
1.1	Bezit is houderschap	323
1.2	Bezit is een feitelijke toestand	329
1.2.1	Meijers' aanpassingen van het bezitsbegrip:	330
	- Wetsbepaling voor behoud van het <i>saisine</i> -bezit	332
	- Wetsbepaling ter inbezitstelling van koper	333
	• Totstandkomingsgeschiedenis Ontwerp	345
	• Parlementaire Geschiedenis van het BW	351
1.3	Bezit is een recht	353
1.3.1	Elk bezit is verjaringsbezit	353
§ 2	Bescherming van een innerlijk tegenstrijdig bezitsbegrip	360
2.1	Tegenstrijdige uitgangspunten: feit én recht	360
2.2	Het fundament van Meijers' bezitsbegrip: houderschap	360
2.3	'Voor houderschap volstaat de politionele functie'	360
2.4	Toevoeging: zakelijke functie voor de (verjarings-)bezitter	361
2.5	Het BW kent de politionele en zakelijke functie voor bezit	362
§ 3	De toevoeging van de zakelijke functie	364
3.1	Meijers' drijfveer voor de wijziging	364
3.2	De uitleg van art. 2014 OBW: Meijers en Scholten	365
3.3	Van Oven: noodzaak zakelijke bezitsbescherming in de nieuwe leer	368
3.4	Meijers' stellingname ten aanzien van de nieuwe leer	371
3.5	Het Ontwerp en het vooruitlopen hierop door de Hoge Raad	372
§ 4	Kritiek op de regeling van de zakelijke bezitsbescherming	379
4.1	Kritiek van twee kanten	379
4.2	Het arrest <i>Damhof-De Staat</i>	379
4.3	Kritiek: 'Politionele bescherming van bezit volstaat'	384
4.4	Kritiek: 'Geen zakelijke bescherming voor de detentor'	389
§ 5	De totstandkoming van art. 3:125 BW	407
5.1	Tóch voorschrift voor bezitsbescherming: art. 16 B.W. 23	407
5.1.1	Het eerste lid van het conceptvoorschrift	410
5.1.2	Het tweede lid van het conceptvoorschrift	418
5.1.3	Het derde lid van het conceptvoorschrift	421
5.2	Van het concept- naar het ontwerpvoorschrift: art. 3.5.17	423
5.2.1	Het eerste lid van het ontwerpvoorschrift	424
5.2.2	Het tweede lid van het ontwerpvoorschrift	424

5.2.3 Het derde lid van het ontwerpvoorschrift	429
5.3 Van het ontwerp- naar het wetsvoorschrift: art. 3:125 BW	431
§ 6 Samenvatting en conclusies	434
Samenvatting	447
Résumé	461
Summary	477
Zusammenfassung	491
Gebruikte en geraadpleegde literatuur	507
Registers	
• Plaatsenregister	547
A. Romeins recht	547
B. Canoniek recht	550
C. Recht van inheemse oorsprong	551
D. Franse wetgeving	552
E. Nederlandse (ontwerp-)wetgeving	553
F. Overige buitenlandse wetgeving en verdragsrecht	559
• Trefwoordenregister	561

Voorwoord

The ultimate poverty is to fail to acknowledge your debts. For the material in this book and in others to come, I am indebted to many people, some as close as my blood, some forever to be my enemies. I will never forget any of them. Andrew Vachss (Flood)

Voor u ligt een boek dat de resultaten bevat van mijn promotieonderzoek naar de bescherming van bezit. Ik heb de laatste elf jaren gewijd aan dit onderzoek en de afronding doet mij beseffen dat het inmiddels alweer 17 jaar geleden is dat ik mijn rechtenstudie begon. In deze periode hebben een groot aantal personen mij op verschillende manieren hulp en ondersteuning geboden en ik wil hen op deze plaats graag eer bewijzen.

In 1999 besloot ik mijn toenmalige baan op te zeggen en terug te keren naar Groningen. Mijn vaders verslechterende gezondheid vormde de directe aanleiding voor deze beslissing, die ik overigens nooit heb betreurd. In die nare periode heeft mijn huisarts, Bert Tent, bijzonder veel voor mij betekend en ik ben hem daarvoor zeer erkentelijk. Hetzelfde geldt voor mijn familie, huisgenoten en vrienden, van wie ik in het bijzonder Raymond Kertokarijo, Wander Veenstra en Leen en Monique Gottschall wil noemen.

Dat ik mij zo thuisvoel op de universiteit is mede te danken aan Jan Lokin en Frits Brandsma, die mij als student-assistent een warm welkom boden bij de sectie Rechtsgeschiedenis. Een zelfde warm welkom bood mij Jan Brouwer van de sectie Algemene Rechtswetenschap, op een moment dat ik ernstig twijfelde over mijn toekomst als docent. De nestwarmte wordt overigens in het bijzonder geschapen door alle student-assistenten en medewerkers van de vakgroep en ook hen wil ik daarvoor van harte bedanken. Een speciaal woord van dank ben ik verschuldigd aan Roos Meijering en Tom van Bochove, voor al hun waardevolle hulp bij de vertalingen van het Grieks en Latijn.

Tijdens mijn onderzoekswerkzaamheden hebben zeer veel personen mij in de goede richting gewezen en ik wil hen hierbij allen dankzeggen. Van hen wil ik met name noemen Guda Oly, die mij gastvrij bij haar thuis het door haar zo gewetensvol bewaarde archief liet doorspitten en verder aan alle medewerkers van het Nationaal Archief die mij op altijd vriendelijke wijze hebben geholpen.

Mijn promotor, Frits Brandsma, heeft in de eerste plaats veel geduld met mij gehad. Zijn deur stond altijd voor mij open, zowel op het instituut als thuis, en van hem heb ik op allerlei vlak waardevolle lessen geleerd. Ik ben Corjo Jansen, Wim Reehuis en Laurens Winkel dankbaar voor hun bereidheid om plaats te nemen in de beoordelingscommissie. De vertalingen van de samenvatting zijn totstandgekomen met behulp van mijn oud-(top)studenten en ik bedank daarvoor hartelijk Jamie Brown, Louis Tasset de Landtsheer en Shazana Rohr: thanks, merci, Dank!

Een aparte vermelding verdient verder Karen Mulders, die het secretariaat van de sectie Rechtsgeschiedenis manmoedig bevrouwt. Ik heb onze samenwerking altijd al op prijs gesteld, maar in deze eindfase geldt dat wel in het bijzonder: Karen is voor geen kleintje vervaard en deinst niet terug voor ‘onderwaterfouten’ in Word en andere gruwelijkheden.

Verder ben ik dank verschuldigd aan de Stichting ‘Het Groningsch Rechts-historisch Fonds’ die de uitgave van dit boek mede mogelijk heeft gemaakt.

Terwijl ik het aan mijn vader te danken heb dat ik het voor mij nieuwe pad van de rechtsgeleerdheid ben gaan bewandelen, was het mijn moeder die er op stond dat ik het niet verliet, iets wat voor mij niet vanzelf sprak. Natuurlijk had zij gelijk, zoals dat overigens meestal het geval is. Zij heeft zich (wederom) de nodige opofferingen getroost en ik ben haar daarvoor dankbaar.

Mijn broer, Gerrit Jan, heeft zich ontwikkeld tot mijn rots in de branding en hij heeft zich bovendien bereid verklaard om als paranimf op te treden. Ik ben net zo trots op hem als onze vader dat geweest zou zijn.

Mijn andere paranimf is enkele jaren geleden in mijn leven gekomen en is dat direct een beetje mooier gaan kleuren. Anna heeft veel geduld met mij en klaagde nooit wanneer mijn aandacht weer eens volledig op mijn onderzoek gericht was. Sterker nog, ze is een steunpilaar voor haar eigen familie en steunt ook mij onvoorwaardelijk. Ik ben haar daarvoor dankbaar en zie uit naar de nieuwe tijd die wij hopelijk nog lang samen gaan doorbrengen.

Harry Runia
Groningen, 25 september 2016

Afkortingen

a.	<i>actio</i>
AA	Ars Aequi
AC	<i>Ancienne Coutume</i>
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten
art.	artikel
BGB (B.G.B.)	Bürgerliches Gesetzbuch
bijv.	bijvoorbeeld
bl.	bladzijde
BW (B.W.)	Burgerlijk Wetboek
B.W. (+ nr.)	Concept Ontwerp B.W. (voor nummering zie mijn noot 1330)
C. (CJ)	<i>Codex Justinianus</i> , Codex van Justinianus
C.A.F.	Cost And Freight (huidige INCO-term: CFR)
Cap. (cap.)	Caput (hoofdstuk)
Chap. (chap.)	Chapitre
Cc (CC, C.C., Cod. civ.)	Code civil des Français
CPC (C.P.C.)	Code de Procédure civile
CvR	Commissie van Redactie
D. (Dig.)	<i>Digesta</i> , Digesten
diss.	dissertatie
ECLI	European Case Law Identifier
EMM	Eduard Maurits Meijers
etc.	<i>et cetera</i> , enzovoort
e.v.	en verder
EWIK	Eenvormige Wet op de Internationale Koop van roerende lichamelijke zaken
fol.	<i>folio</i> , blad
Fr. Vat.	<i>Fragmenta Vaticana</i> , Vaticaanse fragmenten
G. (Gaius)	<i>Gai Institutiones</i> , Instituten van Gaius
Germ. (germ.)	Germaans(e)
Gl.	<i>Glossa ordinaria</i> , Accursische Glosse
HR (H.R.)	Hoge Raad der Nederlanden
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
I.	Interdictum
i.h.b.	in het bijzonder
Inst. (Inst. J.)	<i>Institutiones</i> , Instituten van Justinianus
inv. nr.	inventaris nummer (Nationaal Archief)
jo.	<i>juncto</i> , in verband met...
KB	Koninklijk Besluit
K.v.K.	Kamer van Koophandel
l.a.s.i.r.	<i>legis actio sacramento in rem</i>
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
LS	Limburgse Sermoenen
LUVI	<i>Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels</i>

m.b.t.	met betrekking tot
m.n.	met name
m.nt.	met noot
met lit. opg.	met literatuur opgave
MGH	Monumenta Germaniae Historica
Mon. Nieuw BW	Monografie Nieuw BW
MvA	Memorie van Antwoord
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek (1992)
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NL-HaNA	Nationaal Archief, Den Haag
Nr. (n., n ^o)	nummer
o.	overwegende
Obs. Tumult. (Observ.)	<i>Observationes Tumultuariæ</i> (Bynkershoek)
OBW	Oud Burgerlijk Wetboek (1838)
OVL	Ontwerp Van der Linden
p.	pagina (of: <i>possessio</i>)
par.	paragraaf
Parl. Gesch. (PG)	Parlementaire Geschiedenis
P-G	Procureur-Generaal
PG Inv. Boek	Parlementaire Geschiedenis Invoeringswet Boek
<i>pr.</i>	<i>principium</i> , aanvang
Rb.	Rechtbank
RE	Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft
r.o.	rechtsoverweging
Rv	Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering
R.V.	<i>Rei Vindicatio</i>
Sb. (S.B., Stbl.)	Staatsblad
Ssp.	<i>Sachsenspiegel</i>
Subcommissie	Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving
s.v.	<i>sub voce</i> , onder
TAC	<i>Très Ancienne Coutume</i>
t.a.p.	ter aangehaalde plaats
Theoph.	<i>Institutionum Graeca Paraphrasis Theofilo antecessori</i> , Instituten-parafrase van Theophilus
U.P.	interdictum Uti possidetis
Uti poss.	interdictum Uti possidetis
UV	<i>interdictum Unde vi</i>
vgl.	vergelijk
vid.	<i>vide / videatur</i> , men zie
VPO	Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen (Meijers)
WNH (W.N.H., WNvH)	Wetboek Napoléon ingerigt voor het Koninkrijk Holland
WPNR (W.P.N.R.)	Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-amt en Registratie
RO (R.O.)	Regerings-Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek
X	<i>Liber Extra</i> , Decretalen van Gregorius IX

Inleiding

Aanleiding

Op 1 januari 1992 trad het vermogensrechtelijke deel van het huidige Burgerlijk Wetboek (BW) in werking. Het bevatte onder meer een hervorming van de rechtsregels voor de bescherming van bezit. Deze herziening kwam niet als een verrassing: de regeling van het oude wetboek (OBW) had namelijk aan de nodige kritiek blootgestaan.¹

Coninck Liefsting ontleedt in *De algemeene beginselen van het bezitrecht en de Nederlandse bezitactiën* de oude regeling van bescherming van bezit: ‘Zo is de grondslag van de algemene regels, die onze wetgeving voor het bezit geeft, geheel en al Romeinsrechtelijk, met enkele aanvullingen en wijzigingen, als zovele concessiën aan de Germaansrechtelijke beginselen. In de actiën daarentegen, die onze wet aan de hand geeft, hebben de Germaanse bestanddelen de bovenhand.’² Over de inhoud van deze actiën is veelzeggend de vaststelling van de Belg Vuye in diens proefschrift *Bezit en bezitsbescherming van onroerende goederen en onroerende rechten* (1995) ‘dat men het er in Nederland nooit echt is over eens geraakt of het B.W. [1838, *HHR*] nu één (art. 606), twee (art. 606 en 618 of 606 en 619) dan wel drie bezitsvorderingen (art. 606, 618, 619) bevat.’³ Niet alleen de regeling van de bezitsvorderingen, maar ook de algemene regels voor bezit werden voor verbetering vatbaar geacht. Zo verscheen van de hand van niemand minder dan Meijers, de ontwerper van de huidige regeling, een artikel getiteld *Het feillooze deel van ons Burgerlijk Wetboek* (1928), met een opsomming van honderd punten uit het zakenrecht, het erfrecht en het verbintenissenrecht die naar Meijers’ overtuiging ingrijpen van de wetgever vereisten.⁴ Van de 34 zakenrechtelijke punten heeft een aanzienlijk deel (bijna 18%) direct betrekking op bezit en de bescherming daarvan.⁵

Meijers kon in zijn ontwerp van de nieuwe bezitsregeling onder andere op dit lijstje teruggrijpen. Zijn regeling onderscheidt zich met name van de oude door de invoering van het overkoepelende begrip ‘houderschap’ – dat zowel bezit als detentie omvat – en door de opname van de regeling voor bescherming van dit houderschap in één wetsvoorschrift (art. 3:125 BW). Deze regeling staat centraal in dit boek.

¹ Zie hierover met name hoofdstuk 3, paragraaf 4.4.8.

² Zie hieronder mijn noot 1165.

³ Zie hieronder het citaat bij mijn noot 1137.

⁴ Meijers achtte het aanbrengen van partiële wijzigingen onvoldoende, zie nader Florijn 1994, p. 84, noot 305, die verwijst naar Meijers’ toelichting in *WPNR* # 3395 (1935).

⁵ Zie hieronder p. 318.

Probleemstelling, onderzoeksvragen en opbouw van het boek

Dit boek bevat een rechtshistorische en leerstellige studie naar de wortels en de totstandkoming van de huidige regeling voor bezitsbescherming. Het uiteindelijke doel is het verschaffen van inzicht in de regeling en het beoordelen van haar vormgeving en haar wenselijkheid.

Vooruitlopend op de conclusie vermeld ik hier alvast wijziging voor te staan van de omschrijving van het kernbegrip ‘houderschap’ (art. 3:107 BW) en daarvoor ook een alternatief aan te reiken, maar dat ik overigens meen dat het geen aanbeveling verdient om de regeling voor bescherming daarvan (art. 3:125 BW) te wijzigen of af te schaffen, zelfs niet nu blijkt dat ze in de praktijk weinig gebruik wordt.⁶ De kwantitatieve behoefte aan de regeling is vermoedelijk zelfs nooit groot geweest.⁷

Het uitgangspunt dat mede ten grondslag lag aan de regeling voor bescherming van bezit luidde: ‘een Burgerlijk Wetboek is niet een geschikt terrein voor juridische experimenten. De voorschriften van burgerlijk recht bevatten de bezonken wijsheid van vele eeuwen.’⁸ De duiding van deze voorschriften dient daarom niet alleen aan de hand van dogmatische rechtswetenschap plaats te vinden, de ontwerper ruimde nadrukkelijk ook een plaats in voor de rechtsgeschiedenis.⁹ Voor een beoordeling van de regeling voor bescherming van bezit moeten twee onderzoeksvragen beantwoord worden: de eerste vraag ziet op de inhoud van het bezitsbegrip, de tweede op de acties ter bescherming daarvan. Pas nadat beide vragen beantwoord zijn is het mogelijk om het ontwerp en de uiteindelijke wettelijke regeling op hun waarde te schatten. Omwille van de afbakening van het onderzoek beperk ik mij tot deze twee materiële vragen: ik laat het procesrecht, met name de rechtstreeks uit de Franse Code de Procédure vertaalde artikelen 130-132 Rv (oud), die een strikte scheiding bewerkstelligden tussen het eigendoms- en het bezitsproces, buiten beschouwing.

In de eerste plaats staat de ontwikkeling van ‘bezit’ dus centraal. In het huidige Nederland hebben uiteenlopende bezitsbegrippen gegolden: zij stammen uit het inheemse, het Romeinse en het canonieke recht. Elk van deze begrippen beïnvloedde de vaderlandse bezitsregelingen, tot aan die van ons huidig BW toe. Een goed begrip van de daarin vastgelegde regeling vereist in ieder geval kennis

⁶ Zo toont de site rechtspraak.nl (geraadpleegd 24 september 2016) slechts een zestal trefers op het voorschrift 3:125 BW, waaronder twee ambtshalve toetsingen van de voorzitter in kort geding en twee vermeldingen bij wijze van voorbeeld in conclusies van het parket bij de Hoge Raad. Dit lijkt overigens een voortzetting van de impopulariteit van het rechtsmiddel: ook in het oude recht werd het zelden gebruikt, zie hierover nader mijn noot 1137, vgl. ook het bij noot 1319 opgemerkte en noot 1429.

⁷ Zie nader hieronder, p. 388.

⁸ Meijers 1954 (Toelichting), p. 7.

⁹ Zie ook Strubbe 1955, p. 399-451 (*E.M. Meijers en de rechtsgeschiedenis*).

van het geleerde, dat wil zeggen Romeinse, recht omdat de receptie een verregaande romanisering van het bezitsrecht teweeg heeft gebracht.

Toch volstaat kennis van louter het Romeinse recht niet, zoals blijkt wanneer men de regel van bezitsverkrijging wil doorgronden die bepaalt dat men bij opvolging onder algemene titel het bezit van de erflater van rechtswege verkrijgt (*le mort saisit le vif*; art. 3:112 BW). Een dergelijke verkrijging vindt haar grondslag namelijk in inheems recht van Germaanse oorsprong dat ik wel *gewere*- of *saisine*-recht noem omdat men bezit in dit recht aanduidt met de term *gewere* of *saisine*.¹⁰ *Saisine* zou verwant zijn aan het oudhoogduitse woord *sizan* (ook: *si-zian*), dat ‘zitten’ of ‘zetelen’ betekent en waaruit ook het werkwoord ‘bezitten’, angelsaksisch *besittan* (*bisizian*) is afgeleid. Over dit bezitsbegrip merkt Wielant in zijn *Practijke Civile* (1573) met zoveel woorden op dat het niet stamt uit het geleerde, dat wil zeggen het op de universiteiten onderwezen recht: ‘*T’fondament van dese practijke (die den nieuwen Advocaten versch vander scholen commende/vreemde is om te practiqueren) is saisine.*’¹¹

De Franse schrijver Pothier, wiens geschriften in onze bezitsleer een zeer belangrijke rol hebben gespeeld, zou echter niet meer onderscheiden tussen *saisine*-bezit en het geleerde *possessio*-bezit. Hij schreef dat beide begrippen dezelfde inhoud hadden: ‘*Le terme de saisine signifie la même chose que possession; (...)*’.¹² Deze gelijkstelling is onjuist, zoals blijkt uit een aantal belangrijke punten van verschil.

Ten eerste kenden beide stelsels verschillende eisen voor bezitsverkrijging. In het Romeinse recht kon men normaliter slechts bezit verkrijgen indien men feitelijke heerschappij over de bewuste zaak had uitgeoefend.¹³ In het *saisine*-recht daarentegen kon men bezit verwerven zonder dat men enige heerschappij over de bewuste zaak had uitgeoefend. Dit werd wel aangeduid als *saisine iuris*, ter onderscheiding van de bezitsvariant waarin de bezitter wel feitelijke macht

¹⁰ Ik zal hierna beide termen als synoniemen gebruiken. Ten aanzien van *saisine* wordt wel beweerd dat deze louter betrekking heeft op onroerende zaken (zie § 1.4.1 van hoofdstuk 2), waardoor de inhoud van dit begrip zou verschillen van *gewere*, dat zowel roerende als onroerende goederen zou omvatten. Ik deel deze zienswijze niet en zal haar bestrijden. Zie hierover nader p. 151 e.v.

¹¹ Zie hieronder het citaat bij mijn noot 570.

¹² Hieronder mijn noot 724. In deze gelijkstelling van begrippen was overigens de Italiaan Cino da Pistoia († 1336), leermeester van de beroemde jurist Bartolus van Sassoferrato, hem al voorgegaan: *prehendere Galli, saisire dicunt, sicut et possessionem saisinam vocant*. Zie hieronder mijn noten 476 en 507.

¹³ Vgl. bijv. D.41,2,3,1: En wij verwerven het bezit door bemachtiging van het object en de wil, niet alleen door onze wil of alleen door de bemachtiging van het object. (...) Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. Zie in dit verband ook D. 41,2,3,3.

had over het object, *saisine facti*.¹⁴ Een voorbeeld van *saisine iuris* vormt de zojuist genoemde bezitsverkrijging door erfopvolging: die had plaats van rechtswege.¹⁵ Voor een dergelijke bezitsverkrijging maakte het dus niet uit of de erfgenaam het bewuste goed ook in zijn macht had.

Een tweede verschil vinden we in de oorsprong en inhoud van de bezitsbegrippen. Het Romeinse bezitsbegrip wortelt in het privaatrecht, het recht dat geldt tussen burgers onderling, en duidt daarin een bepaalde vorm van macht over een object aan (*possessio civilis*, *possessio naturalis*). Het *saisine*-rechtelijke bezitsbegrip daarentegen wortelt in het strafrecht en duidt een recht aan waarvan schending diefstal of landsvredebreuk oplevert. Dat recht kon in de *saisine*-rechtelijke rangorde de hoogste plaats innemen, wanneer het voldeed aan extra eisen: de zogeheten *rechte Gewere* of *vraie saisine*.¹⁶ Een dergelijke *saisine* valt te vergelijken met de Romeinse eigendom, *dominium*, vandaar dat het in vroeger tijden ook wel aangeduid werd als *dominium utile*. Maar het begrip *saisine* omvat tevens lager gerangschikte verhoudingen die meer weg hebben van het bezit, *possessio*, en het houderschap, *possessio naturalis*, van het Romeinse recht.

Een derde verschil tussen beide rechtssystemen ligt in het voorwerp van het ‘bezit’. Het klassieke Romeinse recht kende slechts het bezit van zaken, het latere recht erkende slechts schoorvoetend het bezit van rechten, *iuris quasi possessio*.¹⁷ Het *saisine*-recht daarentegen kende geen enkele belemmering om rechten als het voorwerp van bezit aan te merken: zo kon men bezitter zijn van een vordering (vgl. art. 1422 OBW) en kon men tevens een gehuurde zaak bezitten.¹⁸

Tenslotte hanteren de twee rechtssystemen andere scheidslijnen bij roerende en onroerende zaken. Het Romeinse recht onderscheidde tussen *res mobiles* en *res soli*.¹⁹ Het *saisine*-recht daarentegen kende het criterium ‘gebruik naar hun

¹⁴ Zie hierover nader p. 170 e.v.

¹⁵ Vgl. voor de *possessio* van het Romeinse recht bijv. Iavolenus in D. 41,2,23 (zie het citaat in noot 439).

¹⁶ Zie hierover nader p. 106 e.v. Van Kan wijst in zijn proefschrift op het dertiende-eeuwse *Livre de Justice et de Plet*, dat onderscheidt tussen *vraie saisine* en *saisine*. ‘Vrai saisine staat voor bezit van jaar en dag XVII 3 § 2 en 3, *saisine* voor nog niet annaal bezit XII 26 § 1, terwijl XIV 42 § 2 het niet-annaal bezit als *saisine* wordt betiteld naast *vraie saisine* met *petitoire strekking*.’ Van Kan 1913, p. 213.

¹⁷ Vgl. bijv. Van Oven 1905, p. 156.

¹⁸ Omdat *saisine* wortelde in het inheemse strafrecht en niet in het Romeinse vermogensrecht valt het moeilijk onder te brengen in de van de Romeinse jurist Gaius afkomstige traditionele indeling in zaken- of verbintenissenrecht. Zie in dit verband ook het verwijt aan de glossator Martinus Gosia dat hij zakelijke acties toekende waar het persoonlijke moest zijn. Zie hieronder noten 412 en 487.

¹⁹ Zie bijv. Gaius 4,17.

bestemming' (vgl. bijv. art. 563 OBW). Zo golden de ploeg en de os die gebruikt werd deze te trekken als onderdelen van de boerderij en werden hierdoor beschouwd als 'onroerende zaken'.²⁰ Al met al is het dus van leerstellig belang om te onderscheiden tussen het Romeinse en het *saisine*-rechtelijke bezitsbegrip: ze verschillen op meerdere, belangrijke punten.

Naast het *possessio*-bezitsbegrip uit het Romeinse recht en het *saisine*-bezitsbegrip uit het inheemse recht staat verder nog het bezitsbegrip dat het canonieke recht tot ontwikkeling bracht. De Duitse schrijver Savigny, die zoveel voor de bezitsleer heeft betekend, erkent dat het uit het canonieke recht ontwikkelde systeem een heel nieuw bezitsbegrip bevat, hoewel hij de ontwikkeling ervan hartgrondig betreurt.²¹

Het canoniekrechtelijke bezitsbegrip wortelt in vervalste pauselijke wetgeving die beoogde bisschoppen te beschermen tegen wereldlijke machthebbers.²² Uit deze wetgeving zou een bezitsbegrip ontstaan dat ik in navolging van de Duitse schrijver Bähr aan zal duiden als *Realbesitz*: reëel bezit, oftewel de blote uitoefening van feitelijke macht over een zaak. Bähr koos bewust voor de term *Realbesitz*: het is namelijk géén Romeinsrechtelijk begrip en hij wilde daarom geen verwarring zaaien door een Latijnse aanduiding te gebruiken. De inhoud van *Realbesitz* kan samenvallen met *possessio*, maar dit hoeft niet steeds het geval te zijn. *Realbesitz* moet volgens Bähr dan ook beschouwd worden als een vierde object van zakenrechtelijke bescherming: hij plaatste het naast de in het Romeinse recht beschermde eigendom, het zogeheten publiciaans bezit en de *possessio*.²³

Kennis van het canonieke recht is eveneens vereist voor het doorgronden van de huidige bezitsregeling. Het betreft met name de rechtsregel die bepaalt dat iemand die uit zijn bezit is gezet, daar allereerst in hersteld dient te worden, *spoliatus ante omnia restituendus*. Dit uitgangspunt gaf de doorslag in een discussie die naar aanleiding van het wetsontwerp werd gevoerd in de zogeheten Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving. De discussie draaide om de vraag of iemand zijn inbreuk op het bezit van een ander mocht rechtvaardigen met het verweer dat hij (de inbreukmaker) beschikt over een beter (eigendoms-)recht.²⁴ Meijers reageerde met een rechtstreeks beroep op het canoniekrechtelijke uitgangspunt: '(...) in een geval van ongeoorloofde eigenrichting wordt al sinds

²⁰ Zie hieronder met name mijn noot 843.

²¹ Zie hieronder pagina 88.

²² Zie hieronder mijn noot 294.

²³ Zie hieronder mijn noot 319.

²⁴ Dit verweer staat in het Romeinse recht bekend als het verweer van rechtmatige eigendom, *exceptio iusti domini*.

eeuwen de rechthebbende gedwongen eerst de status quo te herstellen, alvorens hij op geoorloofde wijze zijn recht geldend kan maken; *spoliatus ante omnia restituendus*.²⁵ Deze reactie laat aan duidelijkheid niets te wensen over: het betere recht verleent geen bevoegdheid tot eigenrichting. Het aanhalen van het canonieke adagium stelt buiten twijfel dat dit recht de doorslag gaf in de discussie. Helaas komt dit niet goed uit de verf in de Toelichting: daarin lijkt Meijers een andere rechtsbron aan te voeren, namelijk het Romeinse recht. Hij schrijft: ‘Op de regel, dat tegen degene die een beter recht heeft, de vordering van dit artikel niet kan worden ingesteld, wordt een uitzondering gemaakt voor het geval die rechthebbende met geweld of op heimelijke wijze aan de eiser het bezit heeft ontnomen of hem in diens bezit heeft gestoord.’²⁶ De zinsnede ‘met geweld of op heimelijke wijze’ lijkt te verwijzen naar het zogeheten verweer van gebrekkig bezit, de *exceptio vitiosae possessionis*.²⁷ Maar het ontleiden van de regeling met alleen het Romeinse recht roept nieuwe vragen op.²⁸ Dat is logisch, omdat de uitzondering haar grondslag vindt in een andere rechtsbron.

Ten aanzien van de oorsprong van de bezitsbescherming roept de Toelichting nog een ander misverstand op.²⁹ Zo lezen we: ‘De tweede wijze van bezitsbescherming daarentegen heeft het ontwerp gemeend in een afzonderlijke bepaling te moeten vastleggen. Aan een zodanige regeling bestaat ongetwijfeld behoefte. In die richting ging de Romeinsrechtelijke *actio Publiciana* en gaat thans artikel 618 BW.’³⁰ Deze bewoordingen hebben meerdere rechtsgeleerde schrijvers ertoe gebracht de grondslag van de bepaling te zoeken in de *actio Publiciana* van het Romeinse recht.³¹ Dit is echter slechts ten dele waar, omdat Meijers als blauwdruk voor zijn voorschrift met name gebruik maakte van de *Azione di manutenzione* uit de Italiaanse *Codice civile* uit 1942.³² Deze actie is verwant aan een actie die in onze contreien bekend stond als *mandament van maintenue*. Zij vindt haar oorsprong echter niet in het Romeinse recht en evenmin in het canonieke recht: zij stamt uit het *saisine*-recht.

De rechtswetenschap is gebaat bij het onderscheiden tussen de drie gebruikte rechtsbronnen. Dat maakt duidelijk welk bezitsbegrip gehanteerd wordt en het helpt ons om de rechtsgevolgen van dat bezit beter te begrijpen.

²⁵ Zie het uitgebreide citaat uit de notulen van de Subcommissie bij mijn noot 1359.

²⁶ Zie het volledige citaat bij mijn noot 1573.

²⁷ Zie over dit verweer hieronder p. 39 e.v.

²⁸ Zie het citaat van Zwolve bij mijn noot 1584.

²⁹ Florijn 1994, p. 111, vermeldt dat Meijers niet zoveel energie stak in zijn toelichtingen, omdat hij die beknopt wilde houden: ‘want een Toelichting is men na jaren vergeten, een voorschrift blijft’.

³⁰ Zie hieronder het slot van mijn noot 1427.

³¹ Bijv. Van Oven (zie mijn noten 1392 en 1462); Zwolve (zie mijn noot 1584) en Vuye (zie mijn noot 1300).

³² Zie p. 408 e.v. Vgl. ook art. 624 OBW.

De andere onderzoeksvraag betreft de vorm en de inhoud van de rechtsvorderingen voor de bescherming van bezit. Vanzelfsprekend bestaat er een direct verband tussen deze vraag en die naar de inhoud van het bezitsbegrip: het gekozen bezitsbegrip bepaalt immers de vorm waarin de bescherming gegoten wordt en omgekeerd kan men uit deze vorm natuurlijk de inhoud van het bezitsbegrip afleiden. De bezitsvorderingen worden vanuit rechtshistorisch perspectief in vier hoofdstukken uiteengezet.

Het eerste hoofdstuk behandelt de bescherming van bezit in het Romeinse recht. Wie kennis neemt van de totstandkoming van de huidige regeling voor bescherming van bezit merkt snel op dat deze rechtsbron het begripsmatige kader vormde voor de discussies. Om die discussies te begrijpen dient men dan ook over enige kennis te beschikken van de constructies van de Romeinse bezitsbescherming, zoals het reeds genoemde verweer van gebrekking bezit. Daarom worden de juridische constructies van het Romeinse recht uiteengezet. Zij worden behandeld aan de hand van de vraag naar de ontstaansgeschiedenis van deze bescherming, in het bijzonder die van de twee zogeheten bezitsinterdicten: *uti possidetis* en *utrubi*. Teneinde geen valse verwachtingen te wekken, wordt reeds hier opgemerkt dat de vraag naar het ontstaan van de bezitsbescherming in het Romeinse recht nog steeds niet volledig beantwoord is en dat het, gezien het gebrek aan bronnen, niet voor de hand ligt dat zij ooit volledig beantwoord zal worden. Maar dat vormt geen beletsel voor de behandeling van belangrijke kwesties, zoals de vraag naar de opkomst van de bescherming van bezit naast die van de eigendom; de verhouding tussen eigendom en bezit; de functies die de interdicten vervullen; de vormgeving, bewoordingen en ontwikkeling van de bezitsacties in de loop van de tijd, waaronder met name het naar elkaar toegroeien van de twee bezitsinterdicten, zoals blijkt uit de wetgeving van keizer Justinianus.

Het tweede hoofdstuk behandelt in de eerste plaats de bescherming van bezit in het canonieke en inheemse recht. Daarna volgt een uiteenzetting op welke wijze men op de universiteiten pookte deze stelsels te harmoniseren met het Romeinse recht. Vervolgens ontleed ik drie bezitsacties die in de Lage Landen gebruikt werden: het *mandament van spolie*, het *mandament van complainte* en het *mandament van maintenue*. Van deze drie is het mandament van spolie onmiskenbaar ontleend aan de *actio spoli* van het canonieke recht. Het mandament van complainte valt terug te voeren op het Franse *saisine*-recht, zoals blijkt uit de volledige naam: *complaincte de saisine et de nouvelleté*. Ten aanzien van de herkomst van het mandament van maintenue bestaan twijfels. Zo bracht reeds De Damhouder in zijn *Practijcke in Civile Saecken* (de vertaling van zijn in 1566 *verschenen Praxis rerum civilium*) dit mandament in verband met het *interdictum uti possidetis* uit het geleerde recht. Ik zal echter betogen dat de meest waarschijnlijke bron het *saisine*-recht is. Die oorsprong helpt ook te

verklaren waarom volgens Wielant dit middel, dat blijkens zijn naam gericht is op handhaving, gebruikt kan worden ‘om te comen in possellie’.³³ Het lijkt op het eerste gezicht onzinnig dat men een middel ter handhaving gebruikt om in het bezit te komen. Vanuit het Romeinse recht bezien is deze opmerking dan ook onbegrijpelijk. Maar haar strekking wordt kristalhelder wanneer men haar beziet vanuit het *saisine*-recht. Dit recht kende de bezitsvariant *saisine iuris*, waarin men als bezitter gold en daar dus ook in gehandhaafd kon worden, hoewel men de feitelijke macht over het object van bezit nog niet had. In een dergelijke positie bevond zich bijvoorbeeld de erfgenaam die nog geen *saisine facti* had. Toch is ook De Damhouders op het Romeinse recht gegronde zienswijze begrijpelijk, wanneer we haar tenminste bezien tegen de achtergrond van de ‘hoofdreceptie’ van het Romeinse recht. Dit verschijnsel vond plaats vanaf het eind van de 15^e eeuw tot de 18^e eeuw en het is zeer wel mogelijk dat het mandament toen Romeinsrechtelijk ingevuld werd. Literatuuronderzoek naar het in de gewesten Holland, Utrecht, Friesland en Brabant gebruikte recht toont een wisselende mate van romanisering: alleen in Brabant komt de toepassing nog overeen met Wielants beschrijving van het *saisine*-recht, de andere gewesten hebben de toepassing in meer of mindere mate in overeenstemming gebracht met het Romeinse recht.

Het derde hoofdstuk behandelt de vraag hoe de eerdere Nederlandse codificaties de bescherming van bezit regelden: het Wetboek Napoléon ingerigt voor het Koninkrijk Holland (1809-1811), de *Code civil* (1811-1838) en het Burgerlijk Wetboek (1838-1992). De regelingen in deze wetboeken delen een sterke oriëntatie op het Franse recht en de Franse literatuur. Dat spreekt natuurlijk vanzelf voor de eerste twee codificaties, maar ook de regeling voor bescherming van bezit in het OBW is vrijwel geheel gegrond op het Franse recht en op Pothiers *Traité de la possession*.

De grote invloed van Pothiers verhandeling rechtvaardigt een afzonderlijke bespreking voorafgaand aan de codificaties die zij zo sterk heeft beïnvloed. Daarin wordt onder meer aandacht besteed aan Pothiers overtuiging dat het Franse recht voor roerende zaken geen bezitsactie kent en dat hij voor onroerende zaken met name twee acties onderscheidt: de *complainte en cas de saisine et nouvelleté* en de *action de réintégration*. De eerste paragraaf behandelt verder een belangrijk gevolg van de invoering van de zogeheten vrederechters, *juges de paix*. De Franse wetgever heeft namelijk al in 1790, dus geruime tijd voordat in 1804 in Frankrijk de *Code civil* van kracht werd, de afhandeling van bezitskwesties toevertrouwd aan vrederechters. Zij mochten naar billijkheid oordelen: zij waren niet aan de wet gebonden. Die omstandigheid maakte het

³³ Zie het citaat bij mijn noot 658.

voor de wetgever overbodig om voor bezitsacties wetsvoorschriften op te stellen. Hierdoor ontstond een leemte op dit punt in de Franse wetgeving. Die leemte zou latere samenstellers van op de *Code civil* gebaseerde wetboeken voor de vraag stellen op welke wijze ze haar, vanzelfsprekend binnen de door de Code geschapen kaders, dienden op te vullen.

Het *Wetboek Napoléon ingerigt voor het Koninkrijk Holland* bevatte een eigen regeling voor de leemte. Het heeft maar kort gegolden en het laat zich bovendien slecht vaststellen in hoeverre haar wetsvoorschriften ook werkelijk toegepast werden. De bespreking van dit wetboek richt zich met name op twee punten. Het eerste punt is dat dit wetboek wél een aparte titel *Van bezitregt* bevatte, maar dat die titel uitsluitend zag op bescherming van bezit van onroerende zaken. Inhoudelijk valt direct op dat het bezitsbegrip in de titel gebaseerd was op het Romeinse recht, terwijl de regeling voor de bescherming van het bezit van onroerende zaken werd ontleend aan het *saisine*-recht. Het tweede punt betreft de regeling voor bescherming van bezit van roerende goederen. Die regeling confronteerde de Nederlander voor de eerste maal met het wetsvoorschrift ‘Met betrekking tot roerende goederen, geldt het bezit voor een (sic) “volkomen” titel (...)’.³⁴ Het voorschrift is ontleend aan de Franse *Code civil* (art. 2279 Cc). Het gold als ondoorgrondelijk. Van Oven beschreef het als ‘een insluipsel van een vreemde wet, een overblijfsel uit een rechtsstelsel dat eens met het onze saamgeweven was.’ Hij vergeleek de bewoordingen met de uitspraak van een sfynx waaromheen sinds tientallen jaren de Oedipi van het Nederlandse juristendom zwermen, ‘trachtend de oplossing te vinden van het raadsel.’³⁵ Dit raadsel is naar mijn mening nog steeds niet naar tevredenheid opgelost.³⁶

Ik draag een eigen oplossing aan door het voorschrift te plaatsen binnen een *saisine*-rechtelijke samenhang.³⁷ Het Romeinse recht heeft mijns inziens niets te maken met de oorsprong en de inhoud van deze regel en hetzelfde geldt voor al dan niet aanwezige goede trouw. Die is irrelevant omdat in het *saisine*-recht ieder bezit van een roerend goed dat verkregen werd door een onvrijwillig bezitsverlies, met andere woorden door verlies of diefstal, op de verkrijger de verplichting legde om het goed weer terug te geven. Weigerde de verkrijger dit, dan maakte hij zich schuldig aan diefstal en kon hij gedurende een bepaalde tijd worden aangesproken. De grondslag daarvoor lag dus niet in het civiele recht,

³⁴ Zie voor de volledige tekst van art. 1906 WNH mijn noot 838.

³⁵ Zie hieronder het volledige citaat bij mijn noot 840.

³⁶ Op het moment van schrijven is de recentste Nederlandse verklaring afkomstig van Zwolve (2013). Hij baseert haar echter o.a. op het Romeinsrechtelijk begrippenkader van eigendom en bezit, op goede trouw en op een recht van reclame, waarmee de eigendom opgeëist kan worden (nadat zij eerst verloren ging).

³⁷ Zie § 2.2.3 van hoofdstuk 2.

maar het strafrecht. Het *saisine*-recht verleende de gedeposeerde gedurende een redelijke termijn, vaak uitgedrukt in ‘jaar-en-dag’, de mogelijkheid om zijn beklag te doen. Deed hij dat niet terwijl hij daartoe wel in staat was, dan ‘verzwegen’ hij zich.³⁸ Het rechtsgevolg van deze verzwijging kan men in Romeinsrechtelijke termen dan ook zowel aanmerken als verkrijgende verjaring van de verkrijger of als bevrijdende verjaring van de rechtsvordering van de oorspronkelijke bezitter. Gedurende de verzwijgingstermijn gold de oorspronkelijke bezitter echter nog steeds als rechthebbende. De verkrijger ontleende aan zijn bezit alleen een juridisch onaantastbare positie tegen derden. Tegenover een tijdig ingestelde klacht van de oorspronkelijke bezitter stond hij machteloos omdat hij een ‘breekbare’ *saisine* had. Ik zal dan ook betogen dat men het voorschrift ‘bezit geldt als titel’ (*possession vaut titre*) moet lezen als ‘bezit verschaft *saisine*’. Deze verklaring vindt steun in een tautologie van Wielant: die gebruikt ‘titel’ als synoniem van ‘*saisine*’.³⁹ Ook de uitzonderingen van het tweede lid van het voorschrift passen naadloos in deze lezing. Ze bepaalden waarschijnlijk de plaatsing van het voorschrift: we treffen het aan temidden van andere voorschriften over personen die hun rechtsvordering op tijd moeten instellen.⁴⁰

De *Code civil* was ons tweede nationale wetboek. De Code kende, zoals hierboven vermeld, een leemte: zijn bezitstitel bevatte geen regeling voor bescherming van bezit.

Het *Burgerlijk Wetboek 1838* zou de Code vervangen. Het diende zich in positieve zin te onderscheiden door wel een volledige bezitstitel te bevatten.⁴¹ Meer in het algemeen diende het wetboek ‘uit te blinken door de oorspronkelijke rechtskennis, welke te allen tijde in deze gewesten heeft gebloeid.’⁴² Deze punten worden benadrukt, omdat de commissie die was ingesteld om een ontwerp te maken er uit afleidde dat ze, onder andere op het gebied van de bescherming van bezit, een oorspronkelijk Nederlands wetboek diende te vervaardigen.

Kemper ondernam een eerste poging om dit bewerkstelligen, met een ontwerp dat bekend staat als Ontwerp 1816. Hierin treft men een lijvige titel *Van bezitregt* aan: zij is samengesteld uit maar liefst 86 artikelen. De titel verdient alleen al bespreking vanwege het daarin gehanteerde afwijkende bezitsbegrip: het merkt detentoren aan als bezitters ‘in de ruimste zin’ en ook hen staat daarom de bezitsactie ter beschikking. Middelberg zou in zijn proefschrift

³⁸ Zie over deze ‘verzwijging’ nader mijn noot 383.

³⁹ Zie hieronder § 1 van het citaat bij mijn noot 670.

⁴⁰ Zie mijn noot 870.

⁴¹ Zie hieronder het citaat bij mijn noot 965.

⁴² Zie hieronder het citaat bij mijn noot 972.

Bescherming van het houderschap (1953) ervoor pleiten dat Meijers in zijn Ontwerp deze opzet overnam. Het Ontwerp 1816 bood verder een buitengewoon ruime bescherming tegen inbreuken op bezit: zij strekte zich niet alleen uit tot inbreuken op roerende en onroerende, maar ook tot lichamelijke en onlichamelijke zaken. Kemper zelf duidde zijn ‘possessoire rechtsvordering’ niet nader aan, maar op grond van haar kenmerken bestaat alle reden om aan te nemen dat hem het *mandament van spolie* voor ogen heeft gestaan.

Het Ontwerp 1816 is nooit ingevoerd. Na de hereniging van de noordelijke en zuidelijke Nederlanden zou een commissie uit de zuidelijke gewesten die was ingesteld om dit Ontwerp te beoordelen bezwaar maken: het zou teveel zijn gebaseerd op een aan het zuiden wezensvreemd Noord-Nederlands recht.⁴³ Het verdient vermelding dat de commissie in het bijzonder bezwaar maakte tegen de mogelijkheid van het instellen van de bezitsactie door een houder en eveneens tegen de opname van een bezitsactie voor roerende zaken. De commissie zou, kort en goed, een bezitsactie voor ogen hebben gehad die fundamenteel verschilde van Kempers possessoire vordering, namelijk de *réintégrande*, zoals omschreven door Pothier. Verder uitte de commissie de wens dat bezitsovergang bij nalatenschappen van rechtswege plaats zou vinden, dus op grond van *saisine*-recht, in plaats van door aanvaarding, zoals in het Romeinse recht.

Kemper gaf in zijn volgende poging, het Ontwerp 1820, geen gevolg aan de wensen van de commissie. Dit ontwerp is evenmin ingevoerd: in 1821 bleek dat een meerderheid van de Tweede Kamerleden evenals de Belgische commissie de voorkeur gaf aan een aanpassing van de *Code civil*. Maar omdat voor alle partijen vaststond dat de Franse wetgeving een leemte bevatte op het gebied van bescherming van bezit, besloot men ter invulling hiervan het geraamte van het Kempers Ontwerp te gebruiken. Deze aanpak verdient vermelding omdat zij begripsmatige verwarring zou stichten.⁴⁴ Zo handhaafde men in de Nederlandse tekst Kempers opschrift *Van bezitregt*, terwijl de ontwerptekst die in het Frans was opgesteld juist uit leek te gaan van een feitelijke notie van bezit, getuige het opschrift: *De la possession*.

De commissie die verantwoordelijk was voor de nieuwe regeling nam voor haar ontwerp titel Pothiers *Traité* als uitgangspunt en ontwierp daaruit een bezitstitel die voor onroerende zaken twee verschillende bezitsacties kende. Het systeem kenmerkte zich aanvankelijk doordat het onderscheidde tussen bezitsstoornis (*trouble*) en -verlies (*perte*). Aan zijn invoering stond echter in de weg de wens van de Tweede Kamer om, in afwijking van de Franse doctrine en overeenkomstig het mandament van spolie, óók roerende zaken te beschermen tegen gewelddadig bezitsverlies. De bezitstitel ontbeerde deze bescherming:

⁴³ Zie hieronder mijn noot 986.

⁴⁴ Zie hierover nader § 4.4.1 van hoofdstuk 3.

Pothier meende immers dat het Franse recht voor roerende zaken geen bezitsactie kende. De commissie willigde de wens van de Tweede Kamer in, maar ze minimaliseerde zijn effect. Het ligt voor de hand aan te nemen dat de commissie aldus wilde vermijden dat er concurrentie zou optreden tussen twee wetsvoorschriften: enerzijds de bezitsactie tegen bezitsverlies (die nu met roerende zaken was uitgebreid) en anderzijds het voorschrift ‘dat bezit van roerende goederen geldt als volkomen titel’. Het laatste voorschrift bevatte immers al een regeling voor onvrijwillig bezitsverlies van roerende goederen. De commissie heeft in de eindredactie dan ook ingrijpende wijzigingen doorgevoerd in het ontwerp om het toepassingsbereik van de bezitsactie zoveel mogelijk te beperken. Zodoende minimaliseerde zij de inbreuk op het stelsel van de *Code civil* en gaf maximale werking aan het voorschrift dat het bezit van roerende goederen aanmerkte als volkomen titel. Maar dit ging wel ten koste van de overzichtelijkheid. Dat kwam omdat ze het oorspronkelijke voorschrift voor bezitsverlies ‘uitkleedde’ door geweldloos bezitsverlies van onroerende zaken over te hevelen naar de stoomisactie.⁴⁵ Het voorschrift voor bezitsverlies bevatte daarna alleen nog maar een middel tegen gewelddadig bezitsverlies van roerende en onroerende zaken. Het werd dan ook in de Toelichting door Nicolaï gebagatelliseerd: hij wijst er onder andere op dat feitelijkheden en daden van geweld zeldzaam zijn.⁴⁶ De overheveling elimineerde dus het aanvankelijk in de voorschriften gemaakte onderscheid tussen bezitsstoomis en -verlies. Dat maakte de regeling onoverzichtelijk en die onoverzichtelijkheid verklaart deels de verwarring over het aantal bezitsacties in het oude recht.

De behandeling van de bescherming van bezit in het OBW wordt afgerond met een bespreking van twee bezitsacties die buiten de bezittitel zijn geplaatst (artt. 2014 en 546 OBW). Het eerste voorschrift bevat de actie voor roerende goederen. De tweede bezitsactie is niet van groot praktisch belang, maar verdient toch vermelding omdat zij een afwijking bevat van de uit het *saisine*-recht afkomstige regel dat de dode de levende in het bezit stelt. Ze geldt in het geval van afwezigheid van een erfgenaam of legataris. Dan dienen de opvolgende erfgenamen of legatarissen het bezit van de nalatenschap via de rechter te verkrijgen. Die actie kan daarom aangemerkt worden als een variant van het op het Romeinse recht gebaseerde mandament van inmissie.⁴⁷

De vaststelling dat het OBW op punten leemten en onvolkomenheden bevatte heeft geleid tot een herzieningspoging met als resultaat het Ontwerp 1898 (door Meijers overigens vermoedelijk vanwege de publicatiedatum aangeduid als Ontwerp 1899). Voor de huidige regeling van bescherming van het bezit

⁴⁵ Zie hierover nader § 4.4.7 van hoofdstuk 3.

⁴⁶ Zie het citaat in mijn noot 1064.

⁴⁷ Zie over dit mandament nader mijn noot 690.

heeft dit Ontwerp echter een rol van ondergeschikte betekenis gespeeld, omdat Meijers de voorkeur gaf aan het bewerken van een buitenlandse regeling, in plaats van terug te vallen op een herziening van het bestaande recht.⁴⁸ Daarom zal ik slechts beperkte aandacht besteden aan dit Ontwerp.

Het vierde hoofdstuk behandelt de totstandkoming van de bezitsbeschermingsregeling van ons huidige BW. Logischerwijs zal als eerste vraag aan bod komen: dient men überhaupt een afzonderlijke regeling voor bescherming van bezit in een burgerlijk wetboek op te nemen? Meijers ontkende aanvankelijk de noodzaak van een dergelijke regeling. Dat blijkt uit gespreksaantekeningen van Jan Drion over de concepttitel *Bezit*. In één van die gesprekken vroeg Drion Meijers waarom hij niet overnam de onderscheiding van het Pruisische wetboek tussen de drie verschillende bezitsvormen: a) *perfect bezit*, d.w.z. bezit dat door verjaring tot eigendom kan leiden, b) *imperfect bezit*, d.w.z. bezit waarin de bezitter in eigen belang de feitelijke macht uitoefent, maar een hoger recht van een ander erkent en c) *detentie*, van hem die de macht uitoefent ten behoeve van een ander.⁴⁹ Meijers antwoordde dat hij ten aanzien van de bescherming van deze bezitsvormen het belang van het onderscheid niet inzag: hieraan waren volgens hem geen verschillende rechtsgevolgen verbonden. Hij wees er op dat er de laatste 25 jaar geen bezitsactie was ingesteld en gaf als zijn mening te kennen dat het kort geding en de actie uit onrechtmatige daad voor de bescherming van deze bezitsvormen afdoende bescherming boden. Daarom zag hij geen noodzaak voor een aparte regeling voor de bescherming van bezit in het BW. Het is opmerkelijk dat Meijers' aanvankelijke stellingname vrijwel overeenkomt met die van tegenstanders van zijn uiteindelijke regeling, waarvan Huib Drion als invloedrijkste aangemerkt zal worden.⁵⁰

Maar Meijers herzag zijn standpunt volledig kort na het gesprek met Jan Drion: opeens achtte hij het wel nodig een apart voorschrift voor de bescherming van bezit op te nemen.⁵¹ Dit voorschrift maakt onderscheid tussen bezit en detentie. Het verwijst de detentor naar de bescherming van de actie uit onrechtmatige daad en de vordering in kort geding. Kortom, naar wat sinds het proefschrift van Van Oven bekend staat als de 'politionele' bezitsbescherming: de bescherming tegen inbreuken in de gevestigde orde. Een bezitter kan naast deze bescherming aanspraak maken op een aanvullende bescherming gedurende

⁴⁸ Zie hieronder p. 409 en mijn noot 1505.

⁴⁹ Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving, Nieuw Burgerlijk Wetboek, nummer toegang 2.09.75, inventarisnummer 1725 (*J. Drion, Onderhoud met Meijers over de Afdeling BEZIT op 26 April '48 en later*).

⁵⁰ Zie hoofdstuk 4, paragraaf 4.3.

⁵¹ Drions aantekeningen tonen dat Meijers in mei 1948 het concept wijzigde en tijdens een 'aanvullend onderhoud op 24 juni '48' werd het nieuwe voorschrift voor het eerst besproken.

zijn verjaringstermijn.⁵² Hem wordt een relatief recht verleend: hij mag tegen derden alle bevoegdheden inroepen waarover de rechthebbende beschikt.⁵³ Men kan deze bescherming daarom typeren als ‘zakelijk’: de bescherming van bezit als recht. Maar de bescherming is wel relatief: in principe kan de bezitter het recht niet tegen de rechthebbende inroepen. Hiermee is de inhoud van het voorschrift globaal geschetst. Maar de vraag resteert: wat bewoog Meijers om zijn mening ten aanzien van bezitsacties zo volledig te herzien?

Ik zal uiteenzetten dat Meijers’ keuze voor zakelijke bezitsbescherming in verband staat met zijn keuze voor de invoering van het causale stelsel. Buiten de bezittitel bevond zich het voorschrift voor roerende goederen dat het bezit als volkomen titel verklaarde (art. 2014 OBW). Dit voorschrift kreeg in ons huidig wetboek, in navolging van het Ontwerp, een volledig andere invulling en plaats: het dient ter heling van een mislukte eigendomsoverdracht in een causaal stelsel (art. 3:86 BW).

Meijers verzaakte in zijn Ontwerp zijn eigen leer, die inhield dat het voorschrift inhield dat een bezitter te goeder trouw als eigenaar moest worden aangemerkt, ten faveure van de leer die door Scholten bekendheid heeft verworven. Die laatste leer ging uit van het causale stelsel van eigendomsoverdracht en wenste daarom een bezitter slechts op grond van art. 2014 OBW als eigenaar aan te merken indien die bezitter feitelijk bezit had verkregen te goeder trouw, middels overdracht, anders dan om niet en op grond van een geldige titel. In alle andere gevallen zou het voorschrift niet van toepassing zijn. Meijers wenste deze leer in zijn Ontwerp vast te leggen en zo definitief uitsluitel te verschaffen over de betekenis van art. 2014 OBW. Tevergeefs had hij al twee maal verzocht om verduidelijking van dit voorschrift: eerst aan de wetgever in het artikel *Het feillooze deel van ons Burgerlijk Wetboek*, later aan de rechter in zijn noot bij het arrest Woldijk-Nijman.⁵⁴

Het is van historisch belang om te benadrukken dat Meijers al vrijwel vanaf het begin het causale stelsel van eigendomsoverdracht heeft willen invoeren.⁵⁵ Sommige schrijvers menen dat het bekende arrest *Damhof – De Staat* hem pas van gedachten deed veranderen.⁵⁶ Maar het is al geruime tijd bekend dat raadsheer De Jong, die voorkennis had van Meijers’ ontwerpen, de Hoge Raad overtuigde om in deze zaak op de nieuwe regeling vooruit te lopen.⁵⁷ Het verdient

⁵² Zie mijn noot 1499.

⁵³ Zie het citaat bij noot 1302.

⁵⁴ Zie hieronder p. 372 e.v.

⁵⁵ Uit de wijzigingen in het Ontwerp maak ik op dat Meijers ergens tussen 26 april en 24 juni 1948 een definitieve keuze maakte voor het causale stelsel van eigendomsoverdracht.

⁵⁶ Zie hieronder mijn noot 1375.

⁵⁷ Zie hieronder mijn noot 1376 en het citaat bij noot 1377.

opmerking dat die toepassing van toekomstig recht Meijers buitengewoon onwelgevallig was: Meijers meende namelijk dat een dergelijke toepassing onbillijk was voordat er ‘aanvullende regelgeving’ in de wet werd opgenomen ter bescherming van de bezitter.⁵⁸ Kennelijk volstonden daartoe in zijn ogen niet de bestaande mogelijkheden: het kort geding en de actie uit onrechtmatige daad.

Meijers’ keuze voor een causaal systeem van eigendomsoverdracht ging gepaard met een transformatie van art. 2014 OBW. Dat verloor definitief zijn bezitsbeschermende karakter en verwerd tot een voorschrift met betrekking tot eigendomsverkrijging. Maar de transformatie veroorzaakte in Meijers’ visie een leemte in de bescherming van bezitters. Bezitters te goeder trouw konden immers volgens Meijers in het oude recht een beroep doen op art. 2014 OBW en werden aldus beschermd tegen inbreuken van derden op hun bezit. Hierdoor konden zij in alle rust hun verjaring voortzetten. Die bescherming verviel echter met de transformatie van het voorschrift. Dit is mijns inziens de reden waarom Meijers ‘aanvullende regelgeving’ voorstond: hij achtte het nodig om voor bezitters een vervangende, zakelijke bescherming in te voeren. Het is opmerkelijk dat hij daarin de eis van de goede trouw liet vallen: Meijers beoogde met het voorschrift de lopende verjaring van alle bezitters te beschermen. En op deze wijze vond het aanvankelijk in ‘houderschap’ weggewerkte bezitsbegrip via de achterdeur toch volledig zijn eigen plaats in het wetsontwerp. Het valt immers nu niet langer vol te houden dat het onderscheid tussen ‘bezit’ en ‘detentie’ voor de bescherming van geen belang is: het Ontwerp verbindt verschillende rechtsgevolgen aan de begrippen.

De invoering van zakelijke bezitsbescherming heeft zwaarwegende gevolgen gehad: de bezitsbescherming bepaalt immers mede de inhoud van het bezitsbegrip. De zakelijke bescherming bepaalt deze inhoud nu nader: bezit verleent, door de koppeling aan de verjaring, in principe dezelfde goederenrechtelijke bevoegdheden als die waarover de eigenaar/rechthebbende beschikt. Bij een dergelijke koppeling kan men bezit aanmerken als een relatief recht.⁵⁹ Deze wijziging wringt met de eerder gehanteerde uitgangspunten en bezitsomschrijving van de rest van de bezitstitel: daarin wordt bezit namelijk niet aangemerkt als recht, maar als een feitelijk gegeven.

Het aanmerken van bezit als een feitelijk gegeven vloeit voort uit de oorspronkelijke opzet waarin bezit wordt beschouwd als slechts één van de verschijningsvormen van het algemenere begrip ‘houderschap’.⁶⁰ De aanduiding houderschap wordt eveneens gebruikt voor de positie van de detentor. Meijers merkte het uitoefenen van de feitelijke macht aan als de kern van houderschap.

⁵⁸ Zie Meijers 1951 (*WPNR* # 4187).

⁵⁹ Vgl. Van Oven 1905, p. 14-15.

⁶⁰ Zie hieronder hoofdstuk 4, paragraaf 1.1.

Aanvankelijk omschreef hij het houderschap zelfs op deze wijze in een conceptvoorschrift, maar dat heeft het Ontwerp niet gehaald. Meijers schrapte het echter niet omdat hij zijn uitgangspunt verliet, maar domweg omdat hij het niet in overeenstemming kon brengen met middellijke detentie. Men kan bij een middellijk houder immers moeilijk volhouden dat hij feitelijke macht uitoefent. Door de schrapping verviel in het Ontwerp de begripsmatige scheiding tussen bezitter en detentor. Meijers betreurde dat, maar hij zag geen andere oplossing.⁶¹ Dit maakte van houderschap echter een wazig begrip. Dat wringt, met name omdat het aanvankelijk gemaakte onderscheid tussen bezitter en bloot-houder in stand had kunnen blijven met een andere redactie van het voorschrift. Meijers had voor detentie de rechtsverhouding tussen houder en bezitter centraal moeten stellen, in plaats van het uitoefenen van feitelijke macht.

Het gegeven dat bezit in ons huidig recht gelijktijdig feit en recht kan zijn veroorzaakt verwarring ten aanzien van mijn beide onderzoekspunten: de inhoud van het begrip 'bezit' en de wijze waarop art. 3:125 BW dit bezit beschermt.

Ten eerste veroorzaakt het verwarring ten aanzien van de inhoud van het begrip 'bezit'. Het zal duidelijk zijn dat dit probleem slechts in beperkte mate speelt bij het bezit van roerende zaken, omdat een dergelijk bezit verkregen wordt door een levering waarmee aan een persoon bezit wordt verschafte (art. 3:90 BW), zodat het bezit en het overgedragen recht (art. 3:84 BW) meestal op hetzelfde moment bij dezelfde persoon terechtkomen. Verwarring omtrent feit en recht doet zich met name voor bij de overdracht van onroerende zaken (art. 3:89 BW).⁶² Wanneer de zogeheten 'feitelijke levering' al aan de koper heeft plaatsgevonden voorafgaand aan de 'juridische levering' kan men zich de vraag stellen of het bezit op een eerder moment verkregen wordt dan het recht. Tot op heden wordt het antwoord op deze vraag nog vaak gegrond op de zogeheten 'leer Eggens': Jannes Eggens betoogde in 1929 in het *WPNR* dat bezit van onroerende zaken niet losgemaakt kan worden van het recht van eigendom.⁶³ Zijn zienswijze is recent nog aangemerkt als de heersende leer.⁶⁴ Meijers heeft deze leer echter meerdere malen van de hand gewezen: hij benadrukte voor zijn Ontwerp het feitelijke karakter van bezit en verwierp de zienswijze dat men de koper het bezit moet ontfeggen vanwege de rechtsverhouding tussen koper en

⁶¹ Vergelijk het citaat bij mijn noot 1184.

⁶² Het Ontwerp maakt geen principieel onderscheid tussen roerende en onroerende goederen. Zie het citaat bij mijn noot 1229.

⁶³ Eggens 1929 (*WPNR* # 3095-3096). Zie ook hieronder mijn noot 1226.

⁶⁴ Zie bijvoorbeeld de noot van Verstijlen (punt 3) in *NJ* 2012/312 op het door de Hoge Raad op 9 september 2011 gewezen arrest ECLI:NL:HR:2011:BQ5989 (*Leune Bouw/Hoogheemraadschap*).

verkoper.⁶⁵ Meijers' zienswijze komt het meest juist voor, hoewel aan haar het nadeel van mogelijke registervervuiling kleeft.

Ten tweede veroorzaakt het verwarring ten aanzien van de wijze waarop art. 3:125 BW bezit beschermt. Verschillende rechtsgeleerden hebben deze regeling bekritiseerd. De kritiek kwam van twee kanten. Sommige critici betoogden dat de regeling niet volstond omdat ze niet eveneens zakelijke bescherming toekent aan de detentor. Zij menen dat een detentor slechts afdoende beschermd is in zijn houderschap wanneer hij over het zelfde relatieve recht beschikt dat het voorschrift toekent aan de bezitter. Andere critici betoogden juist dat de huidige regeling te breed was opgezet en dat een afzonderlijke zakelijke bescherming van de bezitter overbodig was, naast de aanspraak die elke houder (bezitter én detentor) kan maken op positionele bescherming. Zij menen dat een bezitter geen behoefte zou hebben aan het hem toegekende relatieve recht omdat de bescherming van de actie uit onrechtmatige daad en het kort geding zou volstaan. Beide groepen hebben ongelijk, omdat beide een eenzijdig bezitsbegrip aan hun kritiek ten grondslag leggen.

Voorstanders van het toekennen van zakelijke bescherming aan iedere 'houder' (bezitter én detentor) miskennen dat het houderschap in ons wetboek berust op het uitoefenen van feitelijke macht. De bescherming moet dan ook gericht zijn op het behoud van deze feitelijke macht, met andere woorden: zij

⁶⁵ Notulen van de acht en tachtigste vergadering van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving, Bespreking van de titel BEZIT. De vergadering werd gehouden op woensdag 26 October 1949 te 10 uur in het Ministerie van Justitie te 's-Gravenhage. Aanwezig waren de Voorzitter, Mr. Meijers, de leden Mrs. Van Brakel, Bregstein, Eggens, de Jong, Scholten, Mevr. Schönfeld, Visser van IJendoorn, de algemene secretaris Mr Belinfante en Mr Drion, adjunct-secretaris. 'De VOORZITTER [Meijers, HHR] plaatst het systeem van het Ontwerp tegenover dat van de heer EGGENS. Volgens de heer EGGENS bestaan er slechts twee vormen van bezit in ruime zin: bezit te goeder trouw, dit is het bezit van hem die meent eigenaar geworden te zijn en daarnaast alle andere gevallen van bezit of houderschap. Naar de mening van de VOORZITTER echter, bevat bezit te kwader trouw geen contradictie, omdat de bezitter niet steeds de wil heeft, eigenaar te zijn, maar alleen de wil, om de macht van de eigenaar uit te oefenen. *Zo is de koper van een onroerend goed, dat nog niet op zijn naam is overgeschreven, maar waarover hem wel reeds de feitelijke macht verschaft is, bezitter en niet houder* [cursivering, HHR]. Hij zou dit standpunt herhalen in de negen en tachtigste vergadering, waarin de casuspositie opnieuw werd besproken naar aanleiding van een vraag van Eggens. Meijers' antwoord laat niets aan duidelijkheid te wensen over: '(...) *de koper, aan wie de verkoper de feitelijke macht overdraagt vóór de overschrijving, wordt in het algemeen bezitter en niet houder, vooreerst omdat de verkoper aldus aan zijn verplichting voldoet, om de koper het bezit te verschaffen, voorts omdat als de overschrijving achterwege bleef en na twintig jaar de revindicatie verjaart, is toch de koper eigenaar en niet degene, die op dat moment als houder van de koper in het goed zit* [cursivering, HHR].'

moet bescherming bieden tegen elke onrechtmatige storing. Sinds Van Ovens proefschrift is bekend dat de optimale bescherming tegen storingen in de feitelijke macht de politionele bescherming is: de actie uit onrechtmatige daad en het kort geding.⁶⁶ Van Oven acht het toekennen van een relatief recht voor het beschermen van een feitelijke situatie overbodig en zelfs ongewenst omdat het mede in beschouwing moeten nemen van rechten, naast feiten, de juridische procedures onnodig verlengt.⁶⁷

Voorstanders van het intrekken van de zakelijke bescherming van de bezitter miskennen de bijzondere plaats die ons wetboek toekent aan de bezitter. Terwijl een detentor zijn bevoegdheden ten aanzien van het goed ontleent aan de rechtsbetrekking met zijn voorman, beschikt een bezitter over een relatief recht dat zijn grondslag vindt in de koppeling die de wet aanbrengt tussen bezit en verkrijgende verjaring.⁶⁸ Dit recht omvat alle goederenrechtelijke bevoegdheden van de rechthebbende en kan tegen iedereen uitgeoefend worden, behalve tegen werkelijk rechthebbende(n). Vanwege de toekenning van het relatieve recht heeft een bezitter niet alleen een belang om niet onrechtmatig in zijn feitelijke macht gestoord te worden, maar eveneens een belang om in juridische procedures zijn recht erkend te zien. Dat vergt een andere bescherming dan de algemene bescherming die onze wet aan alle houders biedt. Sinds Van Ovens proefschrift is bekend dat de optimale bescherming tegen inbreuken in een recht de zakelijke bescherming is, de politionele bescherming volstaat hiervoor niet.⁶⁹

De uiteenlopende wijzen waarop bezit en detentie beschermd worden dienen dus beide een nader, welomschreven doel. Er zullen daarom ook geen wijzigingen bepleit worden in de huidige opzet van de regeling voor bescherming van bezit en detentie.

Het vierde hoofdstuk wordt afgerond met een bespreking van totstandkoming van de tekst van de regeling voor bescherming van bezit (art. 3:125

⁶⁶ Van Oven 1905, p. 195 e.v., m.n. p. 196: 'De procedure moet n.l. in de politionele functie zo ingericht zijn, dat de gestoorde bezitter onmiddellijk na bewijs van zijn bezit en van de daad van de gedaagde, in de toestand hersteld worde. Alle navraag naar recht tot bezit worde vermeden.'

⁶⁷ Zie Van Oven 1905, p. 202: 'Door een lang proces wordt de bezitsbescherming in de politionele functie geheel vleugellam geslagen.'

⁶⁸ Zie hieronder uitgebreid p. 357 e.v.

⁶⁹ Van Oven 1905, p. 195 e.v., m.n. p. 196: 'In de zakelijke functie moet juist, op de gewone wijze van procederen, beslist worden over het recht tot bezit van eiser en gedaagde. (...) Hier is geen daad, op grond waarvan men onmiddellijke herstelling in de toestand kan eisen. Hier moet de eiser een zakelijk recht bewijzen, kan de gedaagde wellicht het bewijs bijbrengen, dat eiser het reeds verloren heeft, b.v. door traditie. Dan zal de eiser er zich misschien weer op beroepen, dat die traditie vitieus was. Kortom er kunnen zich ingewikkelde rechtsvragen voordoen, over erfrecht, dwaling enz., evenals in een gewoon proces.'

BW). Daarin zal uiteengezet worden dat Meijers zich bij het opstellen heeft laten beïnvloeden door het Romeinse recht, het canonieke recht en het *saisine*-recht. Tenslotte worden de later aangebrachte wijzigingen in deze regeling van het Ontwerp weergegeven. Die blijken echter van ondergeschikte betekenis te zijn: ze brachten geen materiële veranderingen in het systeem van bezitsbescherming zoals dat Meijers voor ogen heeft gestaan.

Vertalingen

Dit boek bevat veel aanhalingen uit onder andere het Latijn, Grieks, Engels, Duits, Frans, Italiaans en oud-Fries. Ik heb er voor gekozen om de hoofdtekst zoveel mogelijk in de Nederlandse taal op te stellen in de hoop dat dit de toegankelijkheid en leesbaarheid van het werk ten goede zal komen. De lezer zal daarom in de hoofdtekst, behoudens een enkele uitzondering, steeds Nederlandse vertalingen van anderstalige teksten aantreffen. De grondteksten worden echter niet verwaarloosd: zij worden steeds weergegeven in de noten. Voor vertalingen uit het *Corpus Iuris Civilis* is gebruik gemaakt van de door Spruit c.s. verzorgde uitgave. Tenzij anders is aangegeven, zijn de overige vertalingen van mij.

1 Bezitsbescherming in het Romeinse recht

‘Men heeft duizend malen gevraagd: waarom wordt het bezit beschermd?, alsof op die vraag één bepaald en afdoend antwoord ware te geven. Op zekere tijd is de bescherming van het bezit in het Romeinse recht opgenomen. Waarom geschiedde dit? Bestond dezelfde reden nog in het latere Romeinse recht, bestaat zij nog heden ten dage, of zijn er andere redenen die deze bescherming thans nog wenselijk maken, of is het bezit thans een onnutte ballast, met het Rom. recht in het onze overgegaan, die wij echter kunnen overboord werpen?’¹

H.L. Drucker

‘Mocht het juist zijn, wat ik U voorhield, dan ligt ‘t voor de hand, dat het een eerste plicht is van een wetenschappelijk geschoold jurist om ander recht dan het zijne te leren kennen. Slechts daardoor kan hij onderkennen, wat in zijn recht *ius civile*, wat *ius gentium* is, kan hij de irrationele overtuiging, dat bij hem het ware recht gevonden wordt, toetsen, zuiveren, nagaan wat in haar juist, wat een gevolg is van vooroordeel, bekrompenheid, sleur, traditie.’²

J.C. van Oven

Inleiding

Dit hoofdstuk bevat het verslag van een rechtshistorisch onderzoek naar het ontstaan van de bezitsbescherming in het Romeinse recht. Het zal dienen als het kader voor het rechtsvergelijkende deel van het proefschrift, dat gericht is op de vraag of in het huidige recht de bezitsbescherming nog op dezelfde grondslag stoelt, of een andere basis heeft gevonden, of wellicht zelfs beschouwd kan worden als een ‘onnutte ballast, die overboord gegooid kan worden’.

Opmerkelijk genoeg werd het laatste aanvankelijk voor het Nederlandse recht zelfs betoogd door Meijers, de ontwerper van ons Burgerlijk Wetboek. Dit blijkt uit archiefonderzoek naar de totstandkoming van de bezitstitel van zijn ontwerp. Uit aantekeningen van Drion van met Meijers gehouden gesprekken over het vroegste concept van deze titel blijkt dat Meijers daarin geen zakelijke bezitsbescherming wilde opnemen: ‘Ik acht het twijfelachtig of in RV [het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, *HHR*] wel de bezitsacties moeten worden opgenomen (in ieder geval niet in het BW): de laatste 25 jaar is er nooit meer een bezitsactie ingesteld en het speciale belang ex 616 en 622 is overbodig naast

¹ Drucker 1881, p. 374-375.

² Van Oven, *De bekoring der rechtsgeschiedenis (Ius Gentium – Het proces-Virginia)*, Rede uitgesproken op 9 Februari 1948, daags na de 373^e gedenkdag van de Stichting der Leidse Universiteit, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1948, p. 11.

een bepaling die zegt, dat stuiting van de verjaring pas bij bezitsverlies van meer dan een jaar optreedt.³

Meijers is, zoals bekend, nadien van mening veranderd en heeft de zakelijke bezitsbescherming toch een uitdrukkelijke plek gegeven in art. 3:5.17 van zijn Ontwerp, het huidige art. 3:125 BW. Archiefonderzoek bracht verder aan het licht dat het Romeinse recht een centrale plek heeft ingenomen in zowel het vormgevingsproces van het voorschrift als in de beraadslagingen van Meijers met de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving. Het Romeinse recht vormde het begripsmatige kader voor de discussies. Om die discussies te begrijpen dient men dan ook over enige kennis te beschikken van de constructies van de Romeinse bezitsbescherming, zoals het al genoemde verweer van gebrekkig bezit, *exceptio vitiosae possessionis* of het gegeven dat in een bezitsproces het verweer van de rechtmatige eigendom was uitgesloten.

Dit hoofdstuk dient om de juridische constructies van de Romeinse bezitsbescherming uiteen te zetten. Ze vormen het begripsmatig kader voor de volgende hoofdstukken, waar ze de rol vervullen van objectieve toetssteen bij de ontleding van de bezitsbescherming van uiteenlopende rechtsstelsels. Vertrekpunt vormt Van Ovens dissertatie *Bezitsbescherming en hare functies*. In dit in 1905 verschenen proefschrift besprak Van Oven de leerstellige vraag welke doeleinden de bezitsbescherming vervult. Naar aanleiding van twee boekbesprekingen van Drucker stelde Van Oven vast dat de de 19^e eeuwse literatuur het oneens was over het antwoord op de vraag welk van drie fundamenteel verschillende opvattingen het wezen vormt van bezitsbescherming. Van Ovens onderzoek van de wetgeving van Justinianus, met name de Digestentitel over het zogeheten interdict *uti possidetis*, leidde hem tot een opmerkelijke conclusie: in die titel vond hij aanwijzingen voor het bestaan van alle drie gezichtspunten in het Romeinse recht.⁴ Hij doopte deze doeleinden vervolgens als de processuele, politionele en zakelijke functies van bezitsbescherming. Het grootste deel van zijn proefschrift behandelt de vraag welke dogmatische verschillen bestaan tussen met name de politionele en de zakelijke functie. Om zich volledig te kunnen richten op deze vraagpunten, beperkte Van Oven zich in zijn historisch onderzoek.⁵ Dat onderzoek bevat daardoor een leemte op het punt van de ontstaansgeschiedenis van de bezitsbescherming. Nu is juist dit punt relevant in een onderzoek naar de juridische constructies van de Romeinse bezitsbescherming

³ Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving, Nieuw Burgerlijk Wetboek, nummer toegang 2.09.75, inventarisnummer 1725 (*Onderhoud met Meijers over de Afdeling BEZIT op 26 April '48 en later*). Zie ook hieronder, p. 361 e.v.

⁴ Van Oven 1905, p. 6-13 (§ 2).

⁵ Van Oven 1905, p. 9-10.

omdat, zoals wij uit de bronnen weten, deze bescherming niet in één keer tot stand is gekomen, maar zich in de loop van de tijd heeft ontwikkeld. Het plaatsen van deze constructies in een historisch kader kan helpen ons begrip ervan te vergroten, hun onderlinge verbanden te doorgronden en meer kennis te verwerven van de ontwikkeling van de Romeinse bezitsbescherming in het algemeen. Deze zienswijze is niet origineel, zij werd al door Drucker verwoord in het citaat dat boven dit hoofdstuk is opgenomen.

Chronologisch liggen er meerdere eeuwen tussen het ontstaan van het interdict *uti possidetis* en de werken van de juristen Ulpianus en Paulus, waaruit Justinianus in zijn Digestentitel citeerde: zij leefden aan het eind van de 2^e eeuw na Christus, terwijl het interdict wordt gedateerd rond het jaar 300 voor het begin van onze jaartelling.⁶ Deze datering brengt zijn bescherming in verband met de overgang van het primitieve Romeinse recht naar de ontwikkeling van een rechtswetenschap.⁷ Op grond van deze overwegingen heb ik voor dit hoofdstuk als onderzoeksvraag gekozen de vraag naar het ontstaan van de bezitsbescherming in het Romeinse recht. Tot op heden is deze vraag nog steeds niet volledig beantwoord en – gezien het gebrek aan bronnen⁸ – ligt het ook niet in de lijn der verwachting dat zij ooit volledig beantwoord zal worden.

Ik onderken de noodzaak om de reikwijdte van mijn onderzoek te beperken. Dit wordt bemoeilijkt doordat er een onloochenbaar verband bestaat in het Romeinse recht tussen de invoering van bezitsbescherming en de bescherming van eigendom.

⁶ Zie hieronder mijn noot 18.

⁷ Men onderscheidt meerdere fases in de ontwikkeling van het Romeinse recht. Het jaar 300 v. Chr. ligt in het begin van wat men wel de voor-klassieke periode noemt, de periode van de 3e tot de 1e eeuw voor het begin van onze jaartelling. De voor-klassieke periode wordt voorafgegaan door de zogeheten vroeg-Romeinse periode, het tijdsgewricht vanaf de prehistorie tot ongeveer het midden van de 3e eeuw voor Christus, dat aangemerkt kan worden als het primitieve stadium van het Romeinse recht. De voor-klassieke periode wordt gevolgd door het tijdperk waarin de rechtswetenschap haar hoogste bloei beleeft: de klassieke periode. De na-klassieke periode, de periode van ongeveer het midden van de 3e eeuw tot aan het eind van de oudheid, wordt wel getypeerd als een periode waarin de rechtswetenschap vervalst. Uit deze periode stamt de codificatie van Justinianus, het zogeheten *Corpus Iuris Civilis*. De belangrijkste onderdelen van deze wetgeving grijpen echter terug op de eerdere, klassieke juridische literatuur en vormen daardoor een belangrijke kenbron van dit voortgeschreden recht. Kaser-Wubbe 1971, p. 4 e.v.

⁸ De ruimere beschikbaarheid alsmede de kwaliteit van de bronnen vormt ongetwijfeld ook de reden waarom Heinsius zich in zijn dissertatie over de Romeinse bezitsbescherming uit 1922 heeft beperkt tot het klassieke recht, Heinsius 1922, p. 2. Ook het recentere Belgische proefschrift van Vuye uit 1995, *Bezit en bezitsbescherming van onroerende goederen en onroerende rechten*, besteedt geen aandacht aan de oorsprong van de Romeinse bezitsbescherming.

De bescherming van bezit kan niet geïsoleerd bestudeerd worden: wie het motief voor de invoering van bezitsbescherming wil doorgronden ontkomt er niet aan vooraf aandacht te besteden aan de opeising van wat in het latere Romeinse recht het recht van eigendom werd genoemd. Dit versterkt de wens om op andere punten gas terug te nemen. De opgelegde beperkingen zijn tweërlei. In de eerste plaats spitst het onderzoek zich toe op de bezitsinterdicten *uti possidetis* en *utrubi*. Deze interdicten worden mijns insziens terecht aangemerkt als de kern van de bezitsbescherming van het Romeinse recht.⁹ Hun predicaat bevestigt deze zienswijze: Romeinse juristen merkten ze aan als interdicten tot *behoud* van bezit, *interdicta retinendae possessionis*. Overigens vormt ook de betekenis van deze juridisch-technische aanduiding voorwerp van onderzoek. In de tweede plaats bouw ik voort op de door Van Oven al in het Romeinse recht onderscheiden functies van bezitsbescherming. Door het koppelen van de processuele, politionele en zakelijke functie aan historische verklaringen voor de invoering van de interdicten wordt getracht door te dringen tot de oorsprong van de bescherming. Vervolgens worden de verklaringen onderzocht aan de hand van bronnen en literatuur.

Het eerste hoofdstuk is vormgegeven aan de hand van deze uitgangspunten. De eerste paragraaf bevat een korte behandeling van de uitwendige geschiedenis van de oorsprong van de bezitsbescherming. Hij bestaat slechts uit twee deelparagrafen: de eerste gaat nader in op de betekenis van de verordeningen van de *praetor* als rechtsbron van het Romeinse recht, de tweede behandelt het ‘bezitsinterdict’.

De tweede paragraaf stelt de zogeheten *legis actio sacramento in rem* centraal. Dit is de oudste wijze van opvordering van zaken waarmee wij bekend zijn. In de eerste deelparagraaf wordt uiteengezet waarom deze rechtsvordering een aanknopingspunt vormt voor de invoering van bezitsbescherming. Daarna worden haar kenmerken en procedure besproken. Vervolgens wordt ingegaan op het verval van de actie en op de rechtsvorderingen die haar hebben vervangen.

De derde paragraaf bevat de kern van dit hoofdstuk: het onderzoek van de drie verklaringen voor de invoering van de bezitsinterdicten.

Klassieke bronnen verklaren de invoering uit de noodzaak om voorafgaand aan het eigendomsproces de positie van eiser en gedaagde nader te bepalen. Deze ‘procedurele verklaring’ wordt als eerste onderzocht. Zij gold lange tijd als onbetwistbaar.

In de 19^e eeuw rees echter twijfel. Tegenstanders baseerden zich met name op een geschrift van Niebuhr. Die besprak daarin de betekenis van door de Romeinse republiek verworven grond, *ager publicus*, voor het bezitsbegrip en

⁹ Zie bijv. Hallebeek 2009, p. 105.

hij wees erop dat publieke gronden destijds feitelijk gebruikt werden door private personen. Dit resulteerde in een nieuwe theorie over het ontstaan van bezitsbescherming. Zij komt erop neer dat de oorspronkelijke invoering van de bezitsinterdicten niet plaatsvond om de posities in het eigendomsproces te bepalen, maar om personen te beschermen die feitelijk gebruik maakten van grond die hen niet in eigendom toebehoorde. Van Oven heeft dit doel van bezitsbescherming aangeduid als de ‘politionele functie van bezitsbescherming’. De politionele verklaring heeft steeds aan aanhang gewonnen en mag inmiddels als heersende leer worden aangemerkt. Ze is in staat om de bescherming van het bezit van onroerende zaken, niet-eigendom, te verklaren. Maar het Romeinse recht bood niet alleen bescherming aan bezitters van onroerende zaken, maar ook aan die van roerende zaken. En de politionele verklaring slaagt er niet in om een verklaring te geven voor deze bescherming. Dernburg, een belangrijke uitdrager van de politionele verklaring, beschouwt de bescherming van roerende zaken als ‘een groot, historisch vraagteken’ en acht het ‘onwaarschijnlijk (...) dat de duisternis waarmee haar invoering is omgeven ooit wordt opgelost’. Desalniettemin ondernamen verschillende schrijvers, waaronder Dernburg zelf, pogingen om haar invoering te verklaren. Vier verklaringen worden aan nader onderzoek onderworpen: die van Dernburg, Cuq, Daube en Pugsley.

Hunter heeft zich tegen Niebuhrs verklaring gekeerd. Hij ontwikkelde een zakelijke verklaring voor de invoering van bezitsbescherming. Zijn theorie gaat niet uit van de bescherming van een feitelijke situatie, maar stelt dat het Romeinse recht de bezitsbescherming van roerende én onroerende zaken heeft ingevoerd om daarmee een recht te scheppen dat toegankelijk was voor niet-burgers. Hunter betoogt dat men pas hierna de bezitsbescherming is gebruikt voor politionele en processuele doelen. Zijn hypothese vormt het onderwerp van de derde deelparagraaf.

Het hoofdstuk wordt afgesloten met de conclusie in de vierde paragraaf.

§ 1 **Uitwendige rechtsgeschiedenis**

1.1 **De *praetor* en zijn edict**

Livius beschrijft in zijn geschiedenis van Rome hoe in het jaar 367 v. Chr. in Rome het ambt van de praetuur, *praetura*, werd ingevoerd.¹⁰ De nieuwe ambtenaar, *praetor*, werd belast met de rechtsbedeling van de stad. Zijn ambt was prestigieus, de *praetor* genoot slechts een iets lagere status dan de twee hoogste ambtsdragers van de Romeinse republiek: de consuls.¹¹

Door zijn aanstelling had de *praetor* net als de consuls het zogeheten *imperium* en deze ambtsbevoegdheid verschafte hem het recht regels te geven: hij mocht edicten, *edicta* uitvaardigen. Technisch gezien zijn edicten ambtsbevelen en men mag ze daarom niet gelijkstellen met wetten, *leges*. Wetten werden in de republiek uitgevaardigd door de vergadering van het Romeinse volk, *comitia*, en zij behielden hun verbindende kracht totdat ze werden afgeschaft. Edicten daarentegen waren afkomstig van gezagsdragers en zij ontleenden hun verbindende kracht aan het ambtsgezag van de uitvaardigende magistraat. Diens verordeningen golden zo lang hij aan het bewind was, in het algemeen één jaar. Zijn opvolger kon echter besluiten om de edictsbepalingen opnieuw uit te vaardigen, iets wat regelmatig gebeurde met regels die hun waarde in de praktijk hadden bewezen. Zijn opvolger kon er ook voor kiezen om eerdere edictsbepalingen opnieuw uit te vaardigen in gewijzigde vorm, om ze te verfijnen of bij de tijd te houden. Zodoende ontstond in de loop van de tijd een harde kern van verordeningen.¹² Uiteindelijk is rond het jaar 135 na Chr., door de jurist Salvius Iulianus in opdracht van keizer Hadrianus (116 – 136 AD), het zogeheten voortdurende Edict van de praetor geordend en in een definitieve vorm vastgelegd. Men noemt het daarom wel het ‘eeuwig Edict’, *Edictum perpetuum*.

¹⁰ Livius, *Ab urbe condita*, Liber VI, 42.

¹¹ Aulus Gellius, *Noctes Atticae*, Liber XIII, xv, 1-7.

¹² Vgl. Cicero, *De inventione* II.22.67. Zie over de ontwikkeling van het praetorisch Edict: Dernburg 1873; Kelly 1966; Watson 1970.

1.2 Bezitsinterdicten: magistratelijke ge- en verboden

De verordeningen van de *praetor* zijn van grote betekenis voor het Romeinse recht geweest. Bepaalde leerstukken danken hun ontwikkeling aan zijn bemoeienis met het recht en hiertoe behoort dat van bezitsbescherming. De bezitsbescherming bepaalde op haar beurt het inhoudelijke recht op het gebied van het bezit.¹³ Zij bestond niet uit een algemene regeling, zoals het huidige art. 3:125 BW, maar uit een aantal afzonderlijke deelregelingen. De *praetor* vaardigde namelijk op grond van zijn ambtsbevoegdheid bevelen uit waarin hij bepaalde handelingen gebod of juist verbood.¹⁴ Naar het Latijnse werkwoord voor verbieden, *interdicere*, duidt men dergelijke ambtsbevelen aan als interdicten, *interdicta*.¹⁵ Niet alle interdicten hebben betrekking op bescherming van bezit. Zo maakte de *praetor* bijvoorbeeld ook gebruik van interdicten om ontwijding van heilige plaatsen te voorkomen of om een ongewenst gebruik van publieke zaken te verbieden.¹⁶ Maar het interdict was volgens Gaius het middel dat bij uitstek gebruikt werd om een geschil over bezit te beslechten.¹⁷ En hoewel over de oorsprong van de interdicten bijzonder weinig bekend is, wordt in de literatuur wel aangenomen dat het oudste interdict behoort tot de categorie van de bezitsinterdicten.¹⁸

¹³ Wieacker 1988, p. 461 (§ 24, IV, 1, c). In dezelfde zin: Kleyn 1986, p. 2; Modderman 1912 (II), p. 164.

¹⁴ Zie hierover in het algemeen: Kaser/Hackl 1996, p. 408 e.v. (§ 96).

¹⁵ Vgl. Gaius 4,139, die vermeldt dat er eveneens gebruik werd gemaakt van de term 'decreten', *decreta*, waarmee geboden werden aangeduid. Ik laat deze begripsonderscheiding verder achterwege.

¹⁶ Zie bijv. D. 43,1,1 (aanhef).

¹⁷ Vgl. Gaius IV, 139.

¹⁸ Bijv. door Kaser, die meent dat het oudste interdict dat wij kennen een bezitsinterdict is, het zogeheten *interdictum uti possidetis* voor onroerende zaken, dat ergens rond het jaar 300 v. Chr. voor het eerst zou zijn uitgevaardigd. Kaser 1956, p. 246 e.v.; Kaser 1971, p. 141; Wieacker 1988 (I), p. 251; Leifer *RE* 22/1 (s.v. *possessio*) p. 834; zie ook: Kaser/Hackl 1996, p. 413 (§ 62, IV) en Hunter 1903, p. 374 (noot 1). Anders: Karlowa 1901 (I), p. 320 e.v.

§ 2 De *legis actio sacramento in rem* (l.a.s.i.r.)

2.1 De l.a.s.i.r. als aanknopingspunt voor bezitsbescherming

De vraag naar het motief van de *praetor* om over te gaan tot het opstellen van regels ter bescherming van bezit is van leerstellig belang. Deze vraag wordt niet eenduidig beantwoord. Het is mogelijk om de verschillende verklaringen voor de bemoeienis van de *praetor* met de bescherming van bezit onder te brengen in drie deelcategorieën. Zij hebben met elkaar gemeen dat ze de invoering van de bezitsbescherming verklaren vanuit kenmerken van de oude wettelijke eigendomsactie, de *legis actio sacramento in rem*. Maar iedere deelcategorie knoopt aan bij een ander kenmerk van dit rechtsmiddel. Hierin ligt de noodzaak om voorafgaand aan de bespreking van de verklaringen eerst de l.a.s.i.r. uiteen te zetten. Daarna volgt een bespreking waarom zij in onbruik raakte en op welke wijze ze vervangen werd. Haar vervanging is met name relevant omdat in de nieuwe procedures onderscheid werd gemaakt tussen de positie van eiser en gedaagde, een onderscheid dat door onze bronnen in verband wordt gebracht met de invoering van de bezitsinterdicten.

2.2 De *legis actio sacramento in rem*

Legis actio sacramento in rem kan vertaald worden als ‘wettelijke actie met een weddenschap over een zaak’. De l.a.s.i.r. is een rechtsvordering die behoort tot de groep van de zogeheten wettelijke acties.¹⁹ Gaius verklaart de aanduiding ‘wettelijke actie’ als volgt:

De acties die de oude juristen hanteerden, werden ‘wettelijke acties’ genoemd, hetzij omdat zij door wetten in het leven waren geroepen – de edicten van de praetor, waardoor verschillende acties ingevoerd zijn, kende men toen immers nog niet –, hetzij omdat zij precies waren aangepast aan de bewoordingen van de wetten en men daarom evenzeer aan de onveranderlijkheid van die acties als aan die van de wetten zelf vasthield.²⁰

¹⁹ Zie over deze actie: Kaser 1956, p. 6 e.v.; Diosdi 1970, p. 94 e.v.; Kaser 1971, p. 126 e.v.; Kaser/Hackl 1996, p. 89 e.v. Pugsley 1972, p. 35 e.v.; Wolf 1985; Wieacker 1988, p. 257 e.v. en Manthe 2007, p. 15 e.v. Zie ook Watson 1984, p. 91 e.v.

²⁰ Gaius 4,11: *Actiones quas in usu ueteres habuerunt, legis actiones appellabantur uel ideo quod legibus proditae erant (quippe tunc edicta praetoris quibus complures actiones introductae sunt nondum in usu habebantur), uel ideo quia ipsarum legum accommodatae erant et ideo inmutabiles proinde atque leges obseruabantur.*

Gaius merkt op dat wettelijke acties werden toegepast door de ‘oude juristen’, *veteres*. In zijn tijd, hij leefde in de tweede eeuw van onze jaartelling, waren de acties al vrijwel allemaal afgeschaft en vervangen door andere rechtsvorderingen.²¹ De ouderdom van de wettelijke acties bracht met zich mee dat ze sterk gericht waren op vormen en rituelen: hun vervanging geschiedde volgens Gaius dan ook op rationele gronden:

Al deze wettelijke acties zijn langzamerhand een bron van ergernis geworden. Want door een al te grote letterknechterij van de oude juristen bij wie toen de rechtsvorming berustte, kwam het zover, dat wie ook maar de geringste vergissing maakte, zijn proces verloor. Daarom zijn bij de Lex Aebutia en de beide Julische wetten de wettelijke acties afgeschaft en is bewerkstelligd dat wij door middel van naar vast model geredigeerde bewoordingen, de *formula* namelijk, moeten procederen.²²

De *legis actio sacramento in rem* had een hoge ouderdom. Zoals de naam van deze actie al aangeeft, berust zij op een rituele weddenschap. Gaius leert dat reeds de XII Tafelen de hoogte van de inzet van deze weddenschap bepaalden: *nam ita lege XII Tabularum cautum erat*.²³ Dat betekent dat het rechtsmiddel in ieder geval al bekend was in de vijfde eeuw voor het begin van onze jaartelling. In de literatuur wordt het nog verder terug in de tijd geplaatst.²⁴

Ik duidde hierboven de *legis actio sacramento in rem* aan als ‘eigendoms-actie’. Juridisch-technisch is dat minder correct: de literatuur dateert de actie in een tijd waarin het Romeinse recht het begrip ‘eigendom’ nog niet tot ontwikkeling had gebracht. Dat zou onder andere blijken uit de bewoordingen van de clausule waarmee partijen hun vordering verwoordden: partijen claimden geen

²¹ Hierop bestonden slechts twee uitzonderingen, zie Gaius 4,31: Nog op slechts twee gronden is het toegestaan met een wettelijke actie te procederen: uit hoofde van dreigende schade en ingeval er een proces voor het hof van de honderdmannen zal volgen. *Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti et si centumvirale iudicium futurum est*. De vervanging door andere acties wordt besproken in § 3.2.

²² Gaius 4,30: *Sed istae omnes leges actiones paulatim in odium uenerunt. Namque ex nimia subtilitate ueterum qui tunc iura condiderunt eo res perducta est, ut uel qui minimum erasset litem perderet. Itaque per legem Aebutiam et dual Iulias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concept uerba, id est per formulas litigemus*. Zie ook het voorbeeld in Gaius 4,11 (weergegeven in noot 20).

²³ Gaius 4,14.

²⁴ Manthe dateert de l.a.s.i.r. in de 8^e of 7^e eeuw voor onze jaartelling. Manthe 2007, p. 18. Ook Kaser meent dat het rechtsmiddel al bekend was in de vroege koningstijd. Kaser/Hackl 1996, p. 90-93 (§14), m.n. noot 19.

‘eigendom’, *dominium*, maar ‘wat mij krachtens Quiritisch (d.w.z. Romeins) recht toebehoort’, *meum esse ex iure Quiritium*.²⁵

De *legis actio sacramento in rem* diende ter opvordering van zaken. Partijen die aanspraak maakten op dezelfde zaak konden hun conflict via tussenkomst van een magistraat voorleggen aan een scheidsrechter. Het opmerkelijke aan de procedure was dat partijen hun geschil het voorwerp moesten maken van een rituele weddenschap: de scheidsrechter beoordeelde de aanspraken namelijk niet rechtstreeks, hij besliste slechts wie de weddenschap gewonnen had.²⁶ Gaius wijst de *praetor* aan als de magistraat ten overstaan van wie partijen hun weddenschap afsluiten.²⁷ Maar omdat vaststaat dat de l.a.s.i.r. eerder is ingevoerd dan het ambt van de *praetor* moet er aanvankelijk een andere instantie zijn geweest die de rol van de gezagsdrager vervulde. Men neemt wel aan dat dit de priesterkaste is geweest. Priesters zouden niet alleen de inzet van de weddenschap zekergesteld en bewaard hebben, maar in oude tijden ook als scheidsrechter over de weddenschap hebben beslist.²⁸ Volgens deze verklaring zou de verdeling van een geding in twee fasen, één fase voor de *praetor*, *in iure*, en de andere fase voor de rechter, *in iudicio*, pas later ontstaan zijn.²⁹ De rituele weddenschap zou gediend hebben om de goden bij het geschil te betrekken en aldus de grondslag te vormen voor de priesterlijke beslissing. Taalkundig vindt deze verklaring steun in de Latijnse aanduiding voor de inzet van de weddenschap: *sacramentum*.³⁰ Meerdere schrijvers benadrukken de magisch-religieuze betekenis van dit woord: ‘zelfvervloeking’.³¹ Partijen zouden ten overstaan van

²⁵ Zie over ‘Quiritisch recht’ Manthe 2003, p. 12: ‘Das altüberlieferte Recht der Königs- und XII-Tafel-Zeit war *ius civile* (“Recht der römischen Bürger, Zivilrecht”), ein recht welches nur für die römische Bürger (*cives*) galt; nach der uralten Bezeichnung für die Bürger (*Quirites*) wurde dieses Sonderrecht der römischen Bürger auch *ius Quiritium* genannt.’ Gaius 4,16 geeft de volledige opeisingsclausule, die elk van de strijdende partijen moest uitspreken. De uitdrukking *meum esse* zou niet alleen hebben omvat wat men later als eigendom zou aanduiden, maar ook alle andere vormen van heerschappij die een Romeinse stamvader, *pater familias*, had over aan hem onderworpen zaken en personen: familieleden en slaven. Een uitwerking van dit aspect valt buiten het bestek van deze studie.

²⁶ Gaius 4,13-14. Zie ook Kaser 1964, p. 345.

²⁷ Zie Gaius 4,13-17.

²⁸ Wieacker 1988, p. 311 (§ 15); Kaser 1971, p. 25-26 e.v. (§4). Zie over de priesterlijke rechtsvorming in het algemeen ook Jörs/Kunkel/Wenger 1987, p. 22-24 (§13); Tellegen-Couperus 1990, p. 17 e.v.

²⁹ Zie over deze twee fasen hieronder, p. 18. Ik gebruik hieronder de neutrale term ‘gezagsdrager’.

³⁰ Zie hierover nader Festus, *De verborum significatu* onder ‘sacramentum’ en Varro, *De lingua latina* V, 180.

³¹ Waldstein/Rainer 2005, p. 67 (§ 14); Manthe 2003, p. 18; Wieacker 1988, p. 256 (noot 96); Wolff 1985, p. 24; Kaser 1971, p. 25-26); Kaser 1964, p. 337; zie ook: De Zulueta 1953 (II), p. 235-236.

hogere machten de rechtmatigheid van hun vordering met een plechtige eed bezworen hebben. De inzet van de verliezende partij zou als zoenoffer voor de goden in de tempelkas gevloeid zijn, opdat zij niet werd blootgesteld aan de negatieve gevolgen van haar klaarblijkelijke meened. Gaius deelt ons mee dat de XII Tafelen een bepaling bevatten over de hoogte van de inzetten van de weddenschap. Die was afhankelijk van de waarde van de betwiste zaak: zaken van 1000 asses of meer vereisten een inzet van 500 asses, voor zaken waarvan de waarde onder de 1000 asses lag was de inzet vastgesteld op 50 asses.³² Dergelijke inzetten zullen niet uitgenodigd hebben tot lichtvaardig procederen: Manthe berekent dat het *sacramentum* van 500 asses in de 6^e eeuw voor onze jaartelling de geweldige som bedroeg van ongeveer 130 kilo koper.³³

Op grond van Gaius' beschrijving van de *legis actio sacramento in rem* kunnen we haar procedure indelen in vijf stadia. In de eerste fase eisten beide partijen ten overstaan van de gezagsdrager op vormelijke wijze en in de voorgescreven bewoordingen de zaak op als de hunne. Omdat het een zakelijke actie betrof en de Romeinse juristen dit soort vorderingen *vindicationes* noemden, kan men deze fase aanduiden als *vindicatio/contra-vindicatio*. Nadat beide partijen 'hun' zaak hadden opgeëist, kwam in de tweede fase de gezagsdrager tussenbeide. In de derde fase werd de rituele weddenschap aangegaan. In de vierde fase wees de gezagsdrager de zaak voorlopig aan één van de partijen toe. In de vijfde en laatste fase werd over de weddenschap beslist.

De eerste fase was die waarin partijen de zaak opeisten. Deze fase vond plaats op neutraal terrein, namelijk op de plaats waar de gezagsdrager zitting hield. Beide partijen waren aanwezig en de betwiste zaak werd meegebracht.³⁴ Ten overstaan van de gezagsdrager eisten beide partijen op vormelijke wijze de zaak op. Gaius gebruikt het voorbeeld van een conflict over een slaaf wanneer hij deze fase uiteenzet:

Als er een zakelijke actie werd ingesteld, werden roerende zaken – onbezielde en bezielde, als zij maar naar de plaats waar de ambtsdrager zitting hield, aangevoerd of meegenomen konden worden – aldaar op de volgende wijze gevorderd:

³² Gaius 4,14.

³³ Manthe 2003, p. 19. Ter voorkoming van misverstanden vermeld ik dat muntgeld pas in Rome werd ingevoerd rond 280 v. Chr. (Crawford 1976, p. 197). Oorspronkelijk hanteerden de Romeinen andere rekeneenheden. Of deze bestonden uit vee of uit brons wordt betwist. Zie voor deze discussie: Flach 1994: (trad.): *pecu* [vgl. *pecunia*] bestond uit ossen [*res Mancipi*] en schapen, p. 25 e.v. en Crawford 1976 (anders): – uit de voorloper van geld: ertsklonten, *aes rude*, p. 200 e.v. Zie ook: de Martino 1985, p. 21 en Alföldi 1966, p. 267 e.v.

³⁴ Voor zaken die bezwaarlijk meegebracht konden worden gold een apart regime, zie Gaius 4,17.

de eiser hield een stok in de hand, pakte vervolgens de zaak zelf, bijv. een slaaf, vast en zei:

IK BEWEER DAT DEZE SLAAF MIJ NAAR QUIRITISCH RECHT TOEBEHOORT OP GROND VAN ZIJN RECHTSPOSITIE: ZIE TOE GIJ, OVEREENKOMSTIG HETGEEN IK GEZEGD HEB, HEB IK HEM DE STAF OPGELEGD.

En tegelijkertijd legde hij dan de stok op de slaaf.

De wederpartij zei en deed hetzelfde op dezelfde manier. (...) ³⁵

Het valt op dat de inleidende fase volledig symmetrisch is: beide partijen hebben dezelfde positie en ze gebruiken dezelfde bewoordingen voor hun vordering. Beide partijen treden op als eiser. De procedure kent dus geen rolverdeling waarin de ene partij eist en de andere zich als gedaagde verweert tegen de aanspraak van de eiser. ³⁶ Gaius spreekt in zijn beschrijving ook niet van eiser, *actor*, en gedaagde, *reus*, maar van ‘hij die opeist’, *is qui vindicat*, en van ‘hij die op zijn beurt opeist’, *is qui contra vindicat*. Dit kenmerk van de l.a.s.i.r. zal hieronder nog uitgebreid besproken worden.

De tweede fase kenmerkt zich door de interventie van de gezagsdrager. Ze vond plaats nadat beide partijen op de hiervoor beschreven wijze de zaak hadden opgeëist. Pas daarna mengde de gezagsdrager zich in het conflict en hij liet onmiddellijk zijn gezag gelden met het bevel dat de partijen de zaak los moesten laten. Gaius beschrijft deze fase als volgt:

Omdat zij hem allebei gevorderd hadden, zei de praetor:

LAAT GIJ BEIDEN DE SLAAF LOS.

Dat deden zij. ³⁷

Hierna richtten de partijen zich tot elkaar en gingen zij over tot de derde fase: het aangaan van de rituele weddenschap. Gaius beschrijft haar als volgt:

Degene die als eerste had gevorderd vroeg de ander dan:

³⁵ Gaius 4,16: Si in rem agebatur, mobilia quidem et mouentia, quae modo in ius adferri adduciue possent, in iure uindicabantur ad hunc modum: qui uindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, uelut hominem, et ita dicebat: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM. SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSVI, et simul homini festucam inponebat; aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat; (...)

³⁶ Gaius meldt dat wettelijke acties, waartoe de l.a.s.i.r. behoort, geen verweermiddelen, *exceptiones*, kenden. Gaius 4,108: Alia causa fuit olim legis actionem; nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat, nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionem.

³⁷ Gaius 4,16: cum uterque uindicasset, praetor dicebat: MITTITE AMBO HOMINEM; illi mittebant;

IK VRAAG U, WILT GIJ ZEGGEN OP WELKE RECHTSGROND GIJ UW VORDERING HEBT INGEDIEND?

De betrokkene antwoordde:

IK HEB RECHTMATIG GEHANDELD DOOR HEM MIJN STAF OP TE LEGGEN, ZOALS IK DEED.

Vervolgens zei degene die als eerste gevorderd had:

VERMITS GIJ ONRECHTMATIG HEBT GEVORDERD, DAAG IK U UIT TOT EEN RITUELE WEDDENSCHAP OM 500 ASSES.

Dienovereenkomstig zei ook de wederpartij:

EN IK U.³⁸

In deze weergave springt in het oog dat de betrokkene nalaat de vraag naar de rechtsgrond van de vordering te beantwoorden. In de literatuur wordt echter gestreden over de vraag of ‘rechtsgrond’ een juiste vertaling is van het woord *causa* in de Latijnse grondtekst.³⁹ Sommige schrijvers stellen een andere lezing voor: zij willen het Latijnse woord *causa* niet vertalen als ‘rechtsgrond’, maar als ‘grond’.⁴⁰ Hierdoor zou in het antwoord de nadruk komen te liggen op het *rehtens* opleggen van de staf en zou er geen spanning bestaan tussen vraag en antwoord. Ik laat deze discussie verder buiten beschouwing omdat ze geen directe betrekking heeft op mijn onderzoek. Nadat partijen elkaar hadden uitgedaagd tot het aangaan van de weddenschap moesten bepaalde ceremoniële handelingen verricht worden. We weten helaas niet welke: Gaius verwijst naar zijn uiteenzetting bij een andere actie, maar die is verloren gegaan.⁴¹

De vierde fase bestond uit de voorlopige toewijzing door de gezagsdrager van het tussentijds bezit van de zaak. Gedurende de procedure moesten de betwiste zaak en de eventueel daaruit voortkomende vruchten veilig gesteld worden. Gaius vermeldt dat de gezagsdrager één van de partijen aanstelde als tussentijds bezitter en dat deze partij zekerheid diende te stellen voor de zaak en voor de vruchten. Beide partijen moesten verder zekerheid stellen voor de inzet van hun weddenschap, d.w.z. de 50 of 500 *asses*, afhankelijk van de waarde van de zaak.

Tenslotte wees de praetor ten gunste van een van beide partijen het voorlopige bezit van de litigieuze zaak toe, d.w.z. hij maakte er één tot tussentijdse bezitter en

³⁸ Gaius 4,16: Qui prior uindicauerat, ita alterum interrogabat: POSTVLO ANNE DICAS QVA EX CAVSA VINDICAVERIS; ille respondebat: IVS FECI SICVT VINDICTAM INPOSVI: deinde qui prior uindicauerat, dicebat: QVANDO TV INIVRIA VINDICAVISTI, QVINGENTIS ASSIBVS SACRAMENTO TE PROVOCO; aduersarius quoque dicebat similiter: ET EGO TE;

³⁹ Zie hierover nader Kaser/Hackl 1996, p. 95, m.n. noot 38 en p. 97-98, noot 56.

⁴⁰ Zie bijv. Diosdi 1970, p. 101; zie ook De Zulueta 1953 (II), p. 234.

⁴¹ Gaius 4,16: ‘...deinde eadem sequebantur quae cum in personam ageretur;’.

droeg hem op om jegens zijn wederpartij borgen te stellen voor het voorlopige bezit van het litigieuze object, d.w.z. voor de zaak en de vruchten. Daarna liet de praetor zichzelf borgen stellen voor het bedrag van de rituele weddenschap, dat immers aan de staatskas verviel.⁴²

De vijfde en laatste fase bestond uit de beslissing welke partij als winnaar van de weddenschap werd aangewezen. De beslissing op de vraag aan wie de zaak toebehoorde was dus een middellijke: zij verliep via de band van de weddenschap. Helaas is het blad waarop Gaius deze vijfde fase beschrijft verloren gegaan, zodat we daar niet veel over kunnen vermelden. Op grond van een ander fragment kunnen we opmaken dat de verliezende partij, indien zij het tussenbezit van de zaak en zijn vruchten had gekregen, op grond van bij de weddenschap aangegeven formaliteiten gehouden was deze af te dragen aan de winnaar. Hiertoe kon ze ook worden veroordeeld: het adagium ‘alle rechtsgedingen monden uit in een veroordeling in geld’, *omnia iudicia pecuniaria sunt*, gold destijds dus nog niet.

... Dus ook als wij een lichamelijke zaak vorderen, zoals een perceel grond, een slaaf, een kledingstuk, goud of zilver, veroordeelt de rechter de gedaagde niet tot de zaak zelf – *zoals dat vroeger placht te gebeuren* [cursivering, *HHR*] –, maar na een schatting van de waarde hiervan, tot een geldsom.⁴³

Natuurlijk kon zich de complicatie voordoen dat gedurende de procedure zaak en vruchten verloren waren gegaan zodat de bevolen afdracht niet kon plaatsvinden. Was een verliezer hiertoe niet in staat, dan werden volgens een bepaling uit wetgeving van de XII Tafelen op zijn verzoek door de praetor drie rechters benoemd, die de waarde van de zaak en van de vruchten moesten schatten.⁴⁴ Vervolgens moest de veroordeelde de dubbele waarde van deze schatting betalen. Alleen door deze betaling te verrichten kon hij voorkomen dat ten aanzien van hem of zijn borgen personele executie plaatsvond: dat zij als slaaf werden verkocht of zelfs werden gedood.⁴⁵

⁴² Gaius 4,16: *postea praetor secundum alterum eorum iudicium dicebat, id est interim aliquem possessorum constituebat, eumque iubebat praedes aduersario dare litis et iudicium, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramento causa, quia id in publicum cedebat.*

⁴³ Gaius 4,48: *Itaque et si corpus aliquod petamus, uelut fundum, hominum, uestem, <aurum>, argentum, iudex non ipsam rem condemnabat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, <sed> aestimata re pecuniam eum condemnat.* Zie echter ook de kritiek van De Zulueta 1953, p. 264, die de tekst van § 48 voor corrupt houdt.

⁴⁴ Kaser/Hackl 1997, p. 105 (§ 14).

⁴⁵ Kaser/Hackl 1997, p. 105 (§ 14).

2.3 De l.a.s.i.r. vervangen door de *sponsio praeiudicialis* en de *formula petitoria*

De wettelijke acties, waaronder de *legis actio sacramento in rem*, werden impopulair vanwege hun strikte formalisme en de strengheid van de personele executie en ze raakten uiteindelijk in onbruik.⁴⁶ De l.a.s.i.r. kende verder nog het nadeel van de hoogte van de weddenschap die door de verliezer verbeurd werd.⁴⁷ De praktijk begon daarom andere manieren te zoeken om een zaak op te vorderen. In de loop van de tijd ontwikkelde het recht twee alternatieven: de *sponsio praeiudicialis* en de *formula petitoria*.

De *sponsio praeiudicialis* hevelde de rechtsvraag over het recht van toebehoren over naar een jongere wettelijke actie, een die door de XII Tafelen ingevoerd was.⁴⁸ Het betreft de zogeheten wettelijke actie bij wege van de aanvraag van een rechter, de *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*.⁴⁹ Zij verliep als volgt: degene die de zaak wilde opeisen liet zijn wederpartij een vormelijke belofte afleggen waarin die hem toezegde een klein bedrag te geven, op voorwaarde dat blijken zou dat de zaak inderdaad aan de eiser toebehoorde. Gaius gebruikt in zijn weergave van de procedure opnieuw het voorbeeld van een conflict over een slaaf.

Met een vormelijke belofte procederen wij op de volgende manier.

Wij dagen de wederpartij uit tot het afleggen van een vormelijke belofte, zoals:

INDIEN DE SLAAF WAAROVER GEPROCEDUREERD WORDT NAAR QUIRITISCH RECHT AAN MIJ TOEBEHOORT, BELOOFT GIJ DAN 25 SESTERTIËN TE GEVEN?⁵⁰

Deze vormelijke belofte, de zogeheten *sponsio praeiudicialis*, vormde de spil van de procedure.⁵¹ Zij ontleende haar kracht aan haar bescherming door de wet:

⁴⁶ Lokin 2008, p. 41 (P6). Zie ook mijn noot 22.

⁴⁷ Zie over deze hoogte p. 11.

⁴⁸ Manthe 2007, p. 63.

⁴⁹ Een beschrijving van de procedure van deze actie is te vinden in Gaius 4,17a.

⁵⁰ Gaius 4,93: Per sponsionem uero hoc modo agimus: prouocamus aduersarium tali sponsione: SI HOMO QVO DE AGITVR EX IVRE QVIRITIVM MEVS EST, SESTERTIOS XXV NVMMOS DARE SPONDES?

⁵¹ Van Oven 1948, p. 98 (§ 46): *Sponsio* is de naam van de oude mondelinge, solemnele, vermoedelijk sacrale handeling waardoor men een *obligatio* op zich nam en uit haar is de *stipulatio* voortgekomen. Zij bestond uit een vraag “*spondesne?*” en een antwoord “*spondeo*”, en sinds kort weten wij, dankzij de vroeger onbekende tekst van Gaius 4,17a, dat wie zich door haar verbonden had sinds de invoering van de wetgeving van de XII Tafelen aangesproken kon worden met een *legis actio in personam* die eenvoudiger was dan die *per sacramentum*, de *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*.

elke burger van Rome die zich op deze wijze had laten beloven kon nakoming in rechte afdwingen.

Het verloop van de wettelijke actie bij wege van de aanvraag van een rechter lijkt enigszins op die van l.a.s.i.r. omdat ook hier op indirecte wijze werd uitgemaakt aan wie de slaaf toebehoorde: de rechtsvraag die beslist moest worden was de vraag of er 25 sestertiën verschuldigd waren. De procedure verschilt evenwel van de l.a.s.i.r. omdat de sestertiën niet dienden als boete: het bedrag werd alleen beloofd om een procedure te kunnen beginnen waarin beslist werd of het gestelde recht van toebehoren al dan niet bestond. Het was niet de bedoeling dat de beloofde sestertiën ook werkelijk betaald werden werden.

Dit in de vormelijke belofte genoemde bedrag wordt echter niet opgeëist. Want het betreft hier niet een boete, maar de verkrijging van een declaratoir vonnis. En de belofte vindt alleen plaats om daardoor over de zaak een vonnis te laten wijzen. Daarom laat degene tegen wie geprocedeerd wordt zich ook geen wederbelofte doen.⁵²

De *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* verschilt fundamenteel van de l.a.s.i.r. op het punt van de rolverdeling van de procespartijen. Bij de l.a.s.i.r. zagen we dat beide partijen in de vindicatie/contravindicatiefase de rol van eiser vervulden. Dat is hier niet langer het geval: er is slechts sprake van één eiser die de zaak opeist van een gedaagde die de zaak onder zich heeft. Het proces eindigde met een declaratoir vonnis en niet met een toewijzing van het betwiste object. Om te bewerkstelligen dat de eiser, wanneer hij in het gelijk werd gesteld, niet met lege handen achterbleef, moest vooraf degene die beloofde, d.w.z. degene die de zaak onder zich had, door middel van een aparte *sponsio* borgen stellen voor het voorlopige bezit van de zaak en de vruchten.⁵³ Won nu de eiser het geding en gaf de gedaagde hem zijn zaak niet terug, dan kon de eiser de borgen aanspreken voor de waarde van de zaak. Hij kreeg dan weliswaar de zaak zelf niet terug, maar wel haar waarde.⁵⁴

De l.a.s.i.r. raakte nog verder in onbruik toen men besloot niet langer vast te houden aan de wettelijke acties met hun rituele, vormelijk uitgesproken bewoordingen, maar ook gelding toe te kennen aan het zogeheten formulaproces met haar schriftelijke procesformules.⁵⁵ Over de oorsprong van het formulapro-

⁵² Gaius 4,94: Non tamen haec summa sponsionis exigitur; non enim poenalis est, sed praeiudicialis, et propter hoc solum fit ut per eam de re iudicetur; unde etiam is cum quo agitur, non restipulatur. (...)

⁵³ Zie Gaius 4,94 *in fine*.

⁵⁴ Van Oven 1948, p. 99 (§ 46). Zie ook mijn noot 43.

⁵⁵ Zie hierover Van Oven 1948, p. 47 e.v. (§ 47) en in het algemeen: Kaser/Hackl 1997, p. 151 e.v. (§ 22 e.v.).

ces valt niet veel met zekerheid te zeggen.⁵⁶ De procesvorm dankt haar naam aan het gebruik van de schriftelijke procesformules die in het Latijn aangeduid worden als *formulae*.

De procesformule die werd gebruikt voor het opeisen van zaken was de *formula petitoria*. Zij kon bestaan uit een aantal standaardclausules, *concepta verba*, die de *praetor* vooraf had opgesteld en in zijn edict had opgenomen. Met behulp van deze clausules konden partijen een geschrift opstellen dat een scherpe weergave bevatte van alle punten die tussen hen in geschil waren. Het geschrift kon daardoor dienen als instructie voor de rechter. Net als de genoemde *sponsio*-procedure maakte ook het formulaproces onderscheid tussen de positie van eiser en gedaagde: als eiser trad op degene die de zaak opeiste, als gedaagde degene die de zaak onder zich had en hem niet wilde afgeven. De procedure verliep als volgt: de eiser gebruikte een standaardclausule voor zijn opvordering, maar de gedaagde kon bezien of hem niet een standaardclausule ten dienste stond om hiertegen verweer te voeren, een verweer waarop de eiser soms weer kon reageren met een standaardclausule voor repliek etc.

Ik geef ter illustratie de totstandkoming van de *formula* van een conflict waarin alleen een eis wordt ingesteld en verweer wordt gevoerd. Aulus en Blasius strijden over de eigendom van een grondstuk, ze zijn het erover eens dat Claudius in dit geschil als rechter moet optreden. De feiten liggen als volgt: Aulus was Quiritisch eigenaar van het grondstuk en hij heeft het verkocht en geleverd aan Blasius. De eigendom is echter niet overgegaan omdat partijen hebben nagelaten gebruik te maken van de voorgeschreven leveringsvorm. Aulus is dus Quiritisch eigenaar gebleven en hierdoor is hij bevoegd om de zaak onder Blasius op te vorderen. Hij gebruikt de standaarddeis en vervangt daarin alleen de namen van de betrokken personen. Zo ontstaat de volgende instructie, *formula*, voor de rechter:

Claudius moet rechter zijn. Indien blijkt dat de zaak waarover het gaat volgens Quiritisch recht eigendom is van Aulus, dan moet de rechter Blasius veroordelen aan Aulus een geldsom te geven, die zo groot is als de waarde van de zaak. Indien dit niet blijkt, moet hij hem vrijspreken.⁵⁷

⁵⁶ Zie Kaser/Hackl 1997, p. 153.

⁵⁷ De weergave van deze standaardclausule is gebaseerd op de weergave van de *formula petitoria* van Lenel 2010, p. 185-186 (§ 69. DE REI UINDICATIONE): Titius iudex esto. Si paret rem de qua agitur ex iure Quiritium Auli Agerii esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvido. In deze standaardclausule zijn de namen Titius (rechter); Aulus Agerius (eiser) en Numerius Negidium (gedaagde) blanketnamen die vervangen moeten worden door de werkelijke namen van de betrokken personen.

Blasius staat echter rechtens niet machteloos tegenover Aulus' eis. De *praetor* had namelijk een verweermiddel geschapen dat een gedaagde kon invoeren wanneer hij met een eigendomsactie werd aangesproken door een verkoper die hem niet op de voorgeschreven wijze de zaak had geleverd. Het droeg de naam 'verweer van de verkochte en de geleverde zaak', *exceptio rei venditae et traditae*.⁵⁸ Blasius kon dit verweer laten invoegen in de instructie aan de rechter. Hij gebruikte hiervoor de standaardclausule die als volgt luidde:

En Aulus niet de grond waarover wordt geprocedeerd aan Blasius heeft verkocht en geleverd.⁵⁹

Hierdoor kwam de instructie voor de rechter als volgt te luiden:

Claudius moet rechter zijn. Indien blijkt dat de zaak waarover het gaat volgens Quiritisch recht eigendom is van Aulus, en Aulus niet de grond waarover wordt geprocedeerd aan Blasius heeft verkocht en geleverd, dan moet de rechter Blasius veroordelen aan Aulus een geldsom te geven, die zo groot is als de waarde van de zaak. Indien dit niet blijkt, moet hij hem vrijspreken.

Omdat Aulus in ons voorbeeld geen repliek invoegde, lagen de bewoordingen vast zodat de *formula* in een akte vastgelegd kon worden. Die moest door de *praetor* worden goedgekeurd. Hiermee was de eerste fase, *in iure*, afgesloten en kon de tweede fase, *in iudicium*, een aanvang nemen doordat de *praetor* de akte overdroeg aan een particuliere rechter met de opdracht om vonnis te wijzen aan de hand van de *formula*. De rechter ontving op deze wijze een gedetailleerde juridische taakinstructie, anderzijds verschaftte het recht hem grote vrijheid in zijn oordeel over het bewijs van de feiten.⁶⁰

Uiteindelijk zijn de procedures van nagenoeg alle wettelijke acties bij wet afgeschaft en vervangen door die van het formulaproces. Dit betekende dat de procedure van de *legis actio sacramento in rem*, waar de zaak direct werd opgeëist, vervangen werd door die van de formule tot opeising van de zaak, *formula petitoria*.⁶¹

⁵⁸ Zie over dit verweer D. 21,3,1 e.v.

⁵⁹ De weergave van deze standaardclausule is gebaseerd op de weergave van de *exceptio rei venditae et traditae* van Lenel 2010, p. 511 (§ 276 REI UENDITAE ET TRADITAE): Si non A^s A^s fundum qua de agitur N^o N^o uendidit et tradidit. Zie over het gebruik van de blanketnamen mijn noot 57.

⁶⁰ Zie hieronder mijn noot 494.

⁶¹ De andere variant: de procedure van de *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* waarin de waarde van de zaak werd opgeëist via de *sponsio praeiudicialis* was in een eerdere procesvereenvoudiging al vervangen door die van een andere wettelijke actie: de *legis actio per condictionem*, en die vond op haar beurt in het formulaproces haar

§ 3 Drie verklaringen voor de invoering van bezitsinterdicten

3.1 Van Oven: *De bezitsbescherming en hare functies*

Op basis van de door Van Oven onderscheiden functies van bezitsbescherming kunnen we drie verschillende historische verklaringen aanwijzen voor de bemoeienis van de *praetor* met de bescherming van bezit.⁶² Ze hebben twee kenmerken gemeen. Ten eerste knopen ze alle drie aan bij bepaalde eigenschappen van de *legis actio sacramento in rem*. Daarnaast brengen ze de invoering van bezitsbescherming in verband met een bepaalde categorie van interdicten: de zogeheten interdicten tot behoud van bezit, *interdicta retinendae possessionis*. Hiertoe behoren het interdict voor onroerende zaken, *interdictum uti possidetis*, en dat voor roerende zaken, *interdictum utrubi*.

De eerste verklaring neemt de volstrekte symmetrie tussen de partijen in de l.a.s.i.r. als uitgangspunt: de procespartijen namen in deze procedure volstrekt gelijke posities in, omdat ze beide als eiser optraden in het geding. Maar in de procedures die de l.a.s.i.r. vervingen gold een ander uitgangspunt: daar moesten partijen ieder een eigen rol vervullen, namelijk de rollen van eiser en gedaagde. De bezitsinterdicten zouden dan ook ingevoerd zijn vanuit de noodzaak om voorafgaand aan een opeisingsprocedure te bepalen welke partij welke rol toebedeeld moest krijgen. Bezitsinterdicten zouden dus zijn ingevoerd als preliminaire procedure voor het eigendomsproces.

De tweede verklaring neemt het door de l.a.s.i.r. beschermde Quiritische recht van toebehoren als uitgangspunt. Ze wijst erop dat een geordende samenleving náást bescherming van rechten ook behoefte heeft aan de bescherming van feitelijke machtsposities, aan bescherming van de gevestigde orde. Er zou dus behoefte hebben bestaan aan aanvullende bescherming en hierin zou zijn voorzien met de invoering van de bezitsinterdicten.

De derde verklaring tenslotte wijst eveneens op het beschermde object van de l.a.s.i.r., het Quiritische recht van toebehoren. Ze wijst erop dat hiermee niet ieder recht van toebehoren bescherming vindt: rechteloos zijn bijvoorbeeld zij die als buitenlander het Romeinse staatsburgerschap ontberen. Ze verklaart de invoering van de bezitsinterdicten dan ook vanuit de behoefte om andere vormen van heerschappij eveneens tot recht te verheffen en te beschermen.

plaats als de procedure van de *condictio certae rei*. Zie hierover nader Van Oven 1948, p. 204-205 (§ 109).

⁶² Zie Van Oven 1905, p. 1-20. Druckers invloed op Van Ovens proefschrift was aanzienlijk, zie ook hieronder, p. 89.

Het voorgaande vormt, kort en goed, de kern van de drie categorieën van verklaringen voor de invoering van bezitsbescherming. Sinds het verschijnen van het proefschrift van Van Oven is het gebruikelijk om de functies die ze in de bezitsbescherming vervullen te omschrijven als ‘procedureel’, ‘politieel’ en ‘zakelijk’.⁶³ Ik neem deze termen over in mijn aanduiding van de verklaringen. Hieronder worden de verklaringen afzonderlijk uiteengezet en besproken.

3.2 De procedurele verklaring

De procedurele verklaring geeft als motief voor de invoering van de bezitsinterdicten de wens om voorafgaand aan het eigendomsproces te bepalen welke partij daarin moet optreden als eiser en welke partij als gedaagde. Ze vindt onder andere steun in het volgende fragment van Gaius:

Een interdict tot behoud van bezit pleegt te worden verleend, wanneer tussen partijen een geschil over de eigendom van een zaak bestaat en vooraf de vraag wordt opgeworpen, wie van de procesvoerenden het bezit moet hebben en wie als eiser moet optreden. Tot dit doel zijn de interdicten ZOALS GIJLIEDEN BEZIT en BIJ WELKE VAN BEIDE PARTIJEN ingevoerd.⁶⁴

De slotzin stelt buiten twijfel dat Gaius meent dat de bezitsinterdicten die aangeduid worden als ‘zoals gijlieden bezit’, *interdictum uti possidetis*, en ‘bij welke van beide partijen’, *interdictum utrubi*, zijn ingevoerd om voorafgaand aan het eigendomsproces te bepalen welke partij als gedaagde het bezit behoudt en welke als eiser moet optreden. Het verschil tussen de interdicten bestaat eruit dat het interdict ‘zoals gijlieden bezit’ wordt verleend met betrekking tot het bezit van grond of opstallen, terwijl het bezit van verplaatsbare zaken wordt beschermd door het interdict ‘bij welke van beide partijen.’⁶⁵ De interdicten worden hierna gemakshalve aangeduid als de interdicten voor onroerende en roerende zaken.

In een ander werk wijst Gaius nadrukkelijk op de gunstige positie die de bezitter als gedaagde inneemt in het eigendomsproces. Hij adviseert om voorafgaand aan een dergelijk proces altijd onderzoek in te stellen of men die positie

⁶³ Van Oven 1905, p. 1-20.

⁶⁴ Gaius 4,148: Retinendae possessionis causa solet interdictum solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controuersia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat; cuius rei gratia comparata sunt VTI POSSIDETIS et VTRUVBI.

⁶⁵ Gaius 4,149.

niet kan verwerven door het verkrijgen van het bezit van de zaak via enig interdict.

GAIUS, *Het Provincie-edict VII*.⁶⁶ Wie zich heeft voorgenomen een zaak te revindicieren moet zich ervan vergewissen of hij krachtens enigerlei interdict het bezit kan verkrijgen. Het is immers aanzienlijk gemakkelijker zelf het bezit te hebben en de tegenpartij met de rol van eiser te belasten dan zelf als eisende partij op treden, terwijl de ander bezitter is.⁶⁷

Ook Ulpianus merkt het interdict aan als instrument om uit te maken welke partij in een eigendomsprocedure als gedaagde en welke partij als eiser moet optreden. Hij doet dit in het volgende fragment, waarin hij het interdict voor onroerende zaken bespreekt.

In alle gevallen derhalve waarin er tussen twee procespartijen meningsverschil is over de eigendom, zijn de partijen ofwel het erover eens wie bezitter is en wie eiser ofwel zijn zij het daar niet over eens. Als zij het eens zijn, is er geen probleem: degene over wie men het eens is dat hij bezitter is, geniet het voordeel van het bezit, de ander draagt de last van het eiser zijn. Als daarentegen tussen hen omstrede is wie van beiden bezit, aangezien elk van beiden beweert dat hij meer dan de ander in het bezit is, dan zullen zij, als het een onroerende zaak is over het bezit waarvan gestreden wordt, verwezen worden naar dit interdict.⁶⁸

⁶⁶ Het Provincie-edict of provinciaal edict, *edictum provinciale*, is de aanduiding voor het edict dat de provinciegouverneur (meestal) uitvaardigde aan het begin van zijn ambtstermijn. De magistraten die over het *ius edicendi* beschikten, waren o.a. de *praetor urbanus*, de *praetor peregrinus* en de *aediles curules*. Sedert Sulla († 78 v. Chr.) hadden de provincie-gouverneurs (*praeses provinciae*) de *iurisdictio*, ergo het *ius edicendi* over het gebied dat zij onder hun bestuur hadden. Relatief weinig is geweten over de edicten van de provincie-stadhouders. De provinciale edicten verschilden vooral in de Republikeinse tijd merkbaar van elkaar, ook waren zij niet overal even uitgebreid. Tijdens het Principaat benaderen de inhoud van het stedelijk en het provinciaal edict elkaar meer en meer. Deze groeiende gelijkvormigheid bereikte zijn culminatiepunt rond het jaar 130 na Chr. met de codificatie van de edicten van de *praetor urbanus*, de *aediles curules* en de *praetor peregrinus* door de jurist Salvius Iulianus in opdracht van keizer Hadrianus. Na deze uniformisering vormde de basistekst van de provinciale edicten een getrouwe afdruk van de inhoud van het stedelijk edict. Dat er desondanks – zij het niet-fundamentele – geschilpunten bleven bestaan, blijkt uit het feit dat Gaius na de codificatie van Iulianus nog een commentaar heeft geschreven op het provinciaal edict. Het bovenvermelde is een volledige weergave van het lemma *Edictum provinciale* van De Koninck 1997, p. 149. Zie ook: Kipp *RE* 5, 1940 (s.v. *Edictum*).

⁶⁷ D. 6,1,24: GAIUS libro septimo ad edictum provinciale. Is qui destinavit rem petere animadvertere debet, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem, quia longe commodius est ipsum possidere et adversarium ad onera petitoris compellere quam alio possidente petere.

⁶⁸ D. 43,17,1,3: Inter litigatores ergo quotiens est proprietatis controuersia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. si convenit, absolutum

Justinianus volgt Gaius' verklaring, wanneer hij in zijn eigen *Instituten* uit 533 de invoering van de interdicten tot behoud van bezit in verband brengt met de rolverdeling in het eigendomsproces. Hierbij moet wel aangetekend worden dat Justinianus' leerboek zwaar leunt op dat van Gaius: het is op de leest van diens *Instituten* geschoeid en ongeveer twee derde van Justinianus' Institutentekst bestaat uit letterlijke aanhalingen van Gaius' *Instituten*.⁶⁹ In Justinianus' *Instituten* lezen we:

Tot behoud van bezit zijn de interdicten 'Zoals gijlieden bezit' en 'Bij welke van beide partijen' gecreëerd, voor het geval tussen partijen een geschil over de eigendom van een zaak bestaat en vooraf de vraag wordt opgeworpen, wie van de procesvoerenden het bezit moet hebben en wie als eiser moet optreden. Indien namelijk niet vooraf uitgezocht is wie van de twee het bezit heeft, kan de actie tot opvordering niet worden ingesteld, aangezien het zowel naar positief recht als naar natuurrecht in de rede ligt dat degene die bezit een ander is dan degene die van de bezitter vordert. En aangezien het heel wat comfortabeler is te bezitten dan te vorderen, daarom ontstaat er vrijwel altijd over het bezit een geschil van geweldige omvang. Het voordeel om te bezitten is daarin gelegen dat, ook al is de zaak niet van degene die het bezit heeft, het bezit blijft waar het is zolang de eiser niet kan bewijzen dat de zaak zijn eigendom is. Om deze reden luidt het vonnis gewoonlijk ten nadele van de eiser, wanneer de aanspraken van beide partijen onduidelijk zijn.⁷⁰

Rond het jaar 533 verscheen ook een Griekse bewerking van de *Instituten* van Justinianus, de *Paraphrasis Institutionum* van Theophilus. Dit werk werd gebruikt in het onderwijs: het is niet alleen een vertaling, maar het bevat ook verschillende verduidelijkingen van de tekst.⁷¹ De *Paraphrasis* behandelt de procedures van de interdicten tot behoud van bezit op dezelfde plaats als in de *Instituten* en beschrijft ze ook als preliminaire procedures van het eigendomsproces:

est: ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere adfirmat, tunc, si res soli sit, in cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur.

⁶⁹ Lokin en Zwalve 2006, p. 76 en 87.

⁷⁰ Inst. 4,15,4: Retinendae possessionis causa comparata sunt interdicta uti possidetis et utrobi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia sit et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat. namque nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui, quia et civilis et naturalis ratio facit, ut alius possideat, alius a possidente petat. et quia longe commodius est possidere potius quam petere, ideo plerumque et fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione. commodum autem possidendi in eo est, quod, etiamsi eius res non sit qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio: propter quam causam, cum obscura sint utriusque iura, contra petitem iudicari solet.

⁷¹ Theoph. 2010, p. IX.

Laten we, nadat we hebben gesproken over de zaken van het verwerven van het bezit, het nu hebben over het behouden van bezit. Daarvan is sprake bij het interdict *uti possidetis* en interdict *utrubi*. Het heeft plaats in de volgende situatie: Het gebeurde dat ik de hand wist te leggen op een slaaf terwijl jij aanwezig was en toen ik zei ‘de slaaf is van mij’, hield jij stug vol dat jij de eigenaar was en ieder van ons beide maakte aanspraak op de eigendom. Tenslotte zei ik ‘Als jij meent dat jij de eigenaar bent, wel, kijk eens hier: ik bezit de slaaf. Dus stel de eigendomsactie⁷² tegen mij in en nadat jij het bewijs hebt geleverd zul jij de slaaf verkrijgen.’ En terwijl we eerder begonnen over de eigendom, kwamen we bij het punt van het bezit. Het is derhalve nodig dat er wordt beslist en bekend is wie de gedaagde is, omdat het noch krachtens de civiele rede, noch krachtens de natuurlijke rede zal komen tot een proces als we niet weten wie de eiser is en wie degene van wie wordt geëist. Want de gedaagde is altijd in procedures beter af dan de eiser en om die reden treden vrijwel altijd grote twisten over precies dat bezit aan de dag, bij wie zich dat bevindt. Want het voordeel van het bezitten is hierin gelegen, ook al is de zaak niet van de bezitter zelf, het komt voor dat de gedaagde het proces wint wanneer de eiser niet in staat is te bewijzen dat de eigendom hem toekomt. Daarom, wanneer onduidelijk is of de eiser de eigenaar is of de gedaagde, wordt het vonnis uitgesproken ten voordele van de gedaagde. Want altijd zorgt de zwakheid van de bewijzen van de eiser, want bij hem berust gewoonlijk de bewijslast, de overwinning aan de gedaagde.⁷³

In dit fragment ontbreekt een gedeelte van het corresponderende deel in de *Instituten* van Justinianus. Het betreft de eerste zin, die een direct verband legt tussen de invoering van de interdicten en het eigendomsproces. We vinden deze

⁷² De *actio in rem*, de revindicatie.

⁷³ 4,15,4. Εἰπόντες τὰ τῆς ADIPISCENDAE εἴπωμεν τὰ τῆς RETINENDAE. τοιοῦτον δὲ ἐστὶ τὸ UTI POSSIDETIS καὶ τὸ UTRUBI. χώραν δὲ ἔχει ἐπὶ τούτου τοῦ θέματος· συνέβη με δράξασθαι οἰκέτου τινὸς παρόντος σου, καὶ λέγοντος ἐμοῦ τοῦτον ἐμὸν εἶναι οἰκέτην διεβεβαίου σὺ σαυτὸν εἶναι δεσπότην, καὶ ἑκάτερος ἡμῶν εἰς ἑαυτὸν μετέφερε τὴν δεσποτείαν. τελευταῖον εἶπον ἐγὼ· «εἰ νομίζεις σαυτὸν εἶναι δεσπότην, ἰδοὺ ἐγὼ νέμομαι τὸν οἰκέτην· κίνησον κατ’ ἐμοῦ τὴν IN REM καὶ ἀποδείξας λήψη τὸν οἰκέτην.» ἔλεγες δὲ καὶ σὺ τὰ αὐτά, ὅτι «ἐγὼ νέμομαι καὶ σὺ μᾶλλον κίνησον κατ’ ἐμοῦ τὴν IN REM». καὶ πρότερον ἀρξάμενοι περὶ δεσποτείας ἤλθομεν εἰς τὸν λόγον τὸν περὶ τῆς νομῆς. δεῖ οὖν διακριθῆναι καὶ γνῶναι τίς ἐστὶν ὁ REOS, ἐπειδὴ οὐδὲ κατὰ πολιτικὸν οὐδὲ κατὰ φυσικὸν λόγον προβήσεται δικαστήριον εἰ μὴ γνῶμεν τίς μὲν ἐστὶν ὁ ἐνάγων, τίς δὲ ὁ ἐναγόμενος. καλλίων δὲ αἰεὶ ἐν τοῖς δικαστηρίοις ὁ REOS τοῦ ACTOROS, καὶ διὰ τοῦτο ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον μεγάλα ἀναφύονται φιλονεικίαι περὶ αὐτῆς τῆς νομῆς, παρὰ τίνι αὕτη τυγχάνει. ἐστὶ γὰρ τὸ κέρδος τοῦ νέμεσθαι ἐν τούτῳ ὅτι, εἰ καὶ μὴ ἐστὶν αὐτοῦ τὸ πρᾶγμα τοῦ νεμομένου, ἔσθ’ ὅτε τὴν δίκην νικᾷ ὁ REOS, τοῦ ACTOROS οὐ δυνηθέντος ἀποδείξαι προσεῖναι αὐτῷ τὴν δεσποτείαν. διὸ ἡνίκα ἄδηλόν ἐστι πότερον ὁ ἐνάγων ἢ ὁ ἐναγόμενός ἐστι δεσπότης, ὑπὲρ τοῦ REU ἐκφέρεται ἡ ἀπόφασις. αἰεὶ γὰρ ἡ ἀσθένεια τῶν ἀποδείξεων τοῦ ACTOROS (αὐτὸς γὰρ εἴωθε βαρύνεσθαι ταῖς ἀποδείξεσι) νίκην περιποιεῖ τῷ REO. Geciteerd naar Theoph. 2010, p. 914/916. Ik dank mijn collega Tom van Bochove voor zijn vertaling.

zin niet terug in het fragment en evenmin in Theophilus' uitgebreidere inleiding op titel 15, Over interdicten, *de interdictis*, die aan het fragment voorafgaat.

De hierboven weergegeven teksten geven aan dat de interdicten tot behoud van de zaak werden gebruikt in een eigendomsproces dat onderscheid maakt tussen de positie van eiser en gedaagde. Ontstond onenigheid over de procesrollen, dan werd de positie van gedaagde via interdicten verleend aan degene die de zaak bezat en moest de niet-bezitter als eiser optreden. De eiser had in het proces een ongunstiger uitgangspositie omdat hem de bewijslast werd opgedragen, de gedaagde daarentegen hoefde in principe geen bewijs aan te dragen en kon afwachten of de eiser in zijn bewijs slaagde. Slaagde de eiser daar niet in, dan bleef de gedaagde in het bezit van de zaak.

De processuele verklaring heeft kennelijk een eigendomsprocedure op het oog die is opgekomen nadat de *legis actio sacramento in rem* in onbruik raakte. Die kende immers alleen de rol van eiser en die rol werd door beide partijen vervuld.⁷⁴ Daarnaast weten we uit Gaius' beschrijving van de l.a.s.i.r. dat in die procedure het tussentijds bezit toegewezen werd, hij maakt geen melding van een procedure waarin vastgesteld werd welke partij bezitter was en daarom het bezit mocht houden.⁷⁵ Kaser meent dat de interdicten tot behoud van bezit met het eigendomsproces zijn verbonden door de procedure met de vormelijke belofte, de *sponsio praeiudicialis*.⁷⁶ Deze opeisingsprocedure onderscheidde wél tussen de positie van eiser en gedaagde.⁷⁷

De processuele verklaring roept de vraag op waarom de *praetor* ertoe is overgegaan om de regeling van de procesrollen neer te leggen in twee interdicten met onderling verschillende maatstaven. Dat het gebruik van verschillende criteria niet vanzelfsprekend is blijkt uit de *Instituten* van keizer Justinianus. Dit wetboek vermeldt dat men de praktijk van de oude juristen heeft verlaten en ertoe is overgegaan dezelfde maatstaf te gebruiken voor beide interdicten.⁷⁸

⁷⁴ Zie hierboven, p. 12. Zie ook Kaser 1956, p. 277 (§ 36) en Kaser 1971, p. 432 e.v. (§ 103).

⁷⁵ De Zulueta vermoedt dat de inhoud van de interdicten is ontsproten uit de regels die de *praetor* voor zichzelf ontwikkelde om te voorkomen dat de toewijzing van het voorlopig bezit op willekeurige wijze plaatsvond. De Zulueta 1953 (II), p. 292.

⁷⁶ Kaser 1956, p. 282-283. Hij merkt haar aan, p. 284, als de historische schakel tussen de sacraments- en de formulaprocedure. Overigens zoekt hij de reden voor die overgang juist in de vernieuwende eenzijdigheid van de eigendomsclaim, 'die Einseitigkeit der klägerischen Eigentumsbehauptung gegenüber dem beiderseitigen *'meum esse aio'* des älteren Verfahrens.', p. 285. Zie ook Kaser 1971, p. 397 (§ 96).

⁷⁷ Zie voor een beschrijving van deze procedure hierboven, p. 15 e.v.

⁷⁸ Inst. 4,15,4a (weergegeven bij mijn noot 213), Zie ook D. 43,32,1,1 (weergegeven bij mijn noot 90).

Het ligt voor de hand om het antwoord op de vraag waarom de *praetor* besloot om de regeling van de procesrollen neer te leggen in afzonderlijke interdicten te zoeken in de bewoordingen van de interdicten.

De bewoordingen van het interdict *uti possidetis* luiden volgens Festus:

Zoals gijlieden nu dat grondstuk waarover het gaat, noch met geweld noch heimelijk noch ter bede ten opzichte van elkaar bezit, [ten aanzien daarvan] verbied ik dat geweld gebruikt wordt dat erop gericht is dat gijlieden niet langer op deze wijze bezit.⁷⁹

Festus citeert de formule van het interdict voor onroerende zaken zoals ze gold in zijn tijd: de tweede eeuw na Christus.⁸⁰ De bewoordingen zouden echter in de loop van de tijd gewijzigd zijn: het middenstuk, – ‘noch met geweld noch heimelijk noch ter bede’ – het zogeheten verweer van gebrekkig bezit, *exceptio vitiosae possessionis*, zou er later tussengeschoven zijn.⁸¹ Het originele bevel zou ongeveer als volgt geluid hebben: ‘ge moet dat grondstuk blijven bezitten zoals ge bezit. Ik verbied dat er in weerwil van deze bepalingen geweld wordt gebruikt’, *uti nunc possidetis eum fundum, ita possideatis. adversus eas vim fieri veto*. De opname van het verweer van gebrekkig bezit zou te verklaren zijn uit een wijziging van de rol die de *praetor* vervulde in de interdictenprocedure. Oorspronkelijk zou de *praetor* een grotere rol hebben vervuld: hij zou zich niet hebben beperkt tot het uitvaardigen van het interdict, maar ook zelf onderzoek hebben verricht naar de bezitssituatie. Dat onderzoek stelde hem in staat om direct in te grijpen wanneer een van de partijen ‘gebrekkig’ bezat, met andere woorden waar de ene partij haar bezit ontleende aan een ongeoorloofde, eigenmachtige inbreuk op het bezit van de ander. Hiervan was sprake wanneer zij de grond niet wilde afstaan aan haar wederpartij, hoewel ze dat wel verplicht was op grond van het gegeven dat de grond haar eerder door haar wederpartij

⁷⁹ Festus, *De verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome* (Thewrewkianis copiiis usus edidit W.M. Lindsay), Leipzig: Teubner 1913, onder ‘possessio’, p. 260-262: (...) “Uti nunc possidetis eum fundum quo de agitur, quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis, adversus ea vim fieri veto.” Zie ook mijn noot 127. Vgl. Gaius’ samenvatting van dit interdict bij noot 142. Zie verder Gaius 4,150 en *Pauli sententiae* V,6,1.

⁸⁰ De tekst van het interdict *uti possidetis*, letterlijk: ‘zoals gij bezit’ is ons in twee enigszins van elkaar verschillende versies overgeleverd. De hier weergegeven versie is de oudste en is afkomstig van Festus, de jongere versie is afkomstig van Ulpianus en we vinden haar in D. 43,17,1. De versies onderscheiden zich van elkaar op het volgende punt: Festus’ versie spreekt van *fundus*, grond, terwijl die van Ulpianus spreekt van *aedes*, huis. Vgl. Gaius’ samenvatting van dit interdict bij mijn noot 142. Zie verder Gaius 4,150 dat zowel *aedes* als *fundus* vermeldt en *Pauli sententiae* V,6,1.

⁸¹ Kaser 1956, p. 248; Daube 1951, p. 408.

was toegewezen als bezit ter bede, *precarius*.⁸² Verder gold als ‘gebrekkig’ elk bezit dat met geweld of stiekem van de wederpartij was afgenomen. Wanneer de *praetor* bij de aanvraag van een bezitsinterdict zou hebben geconstateerd dat er van dergelijk bezit sprake was, zou hij voorafgaand aan het uitvaardigen van zijn ambtsbevel eerst de oude situatie hersteld hebben.⁸³ Later, vermoedelijk in verband met een toegenomen werkdruk, zou hij alleen nog maar het bevel hebben gegeven en het onderzoek hebben afgestoten. Ter instructie van degene die het onderzoek van hem overnam zou hij het verweer van gebrekkig bezit in de bewoordingen van het interdict hebben opgenomen.⁸⁴

De woorden van het interdict *uti possidetis* laten geen twijfel bestaan over de gehanteerde maatstaf: het interdict wijst als bezitter aan degene die ‘nu’, d.w.z. op het tijdstip van het aanhangig maken van het geschil, het niet-gebrekkige bezit van het grondstuk heeft.⁸⁵

Bij het interdict *utrubi* geldt niet het ‘nu’, maar het verleden: daar wint degene ‘bij wie de roerende zaak in het afgelopen jaar het langst was’. Dat blijkt uit Ulpianus’ weergave van de bewoordingen van het verbod:

Bij wie van beiden deze slaaf over wie het geschil gaat, het grootste deel van dit jaar geweest is: ik verbied dat geweld wordt gebruikt dat erop gericht is dat hij hem niet kan meenemen.⁸⁶

Het valt onmiddellijk op dat in het bevel het woord ‘bezit’ niet voorkomt.⁸⁷ Gaius laat er echter geen twijfel over bestaan dat we het desalniettemin moeten opvatten als een interdict met betrekking tot het bezit van roerende zaken.⁸⁸

⁸² *Precarium*, bezit ter bede, duidt op een al in het oude Rome bekende, op bruikleen lijkende verhouding tussen een patroon, *patronus*, en zijn beschermeling, *cliens*. Ulpianus omschrijft het ter bede hebben in D. 43,26,1: ‘Ter bede verkregen is hetgeen aan iemand die ‘door een bede’ daarom vraagt, zolang ten gebruike wordt afgestaan als degene die dit afgestaan heeft dit toestaat.’ *ULPIANUS libro primo institutionum: Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur*.

⁸³ Kaser 1956, p. 249 (zie noot 130); Kaser 1971, p. 141 (§ 36); Kaser/Hackl 1996, p. 413-414 (§ 62); Leifer *RE* 22/1, 834 (s.v. *possessio*); Van Oven 1948, p. 122 en 123 (§ 62). Zie ook: Jörs/Kunkel/Wenger 1987, p. 551 e.v. (§ 20); De Zulueta 1953 (II), p. 294.

⁸⁴ Kaser 1956, p. 278.

⁸⁵ Vgl. Gaius 4,160: (...) ‘*Uti nunc possidetis, quominus ita possideatis vim fieri veto*’. Deze tekst wordt volledig weergegeven in mijn noot 142.

⁸⁶ D. 43,32,1: [ULPIANUS libro septuagensimo secundo ad edictum.] Praetor ait: ‘*Utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto*.’

⁸⁷ Vgl. Gaius 4,160: (...) ‘*utrubi hic homo de quo agitur, [apud quem] maiore parte huius anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto*’. Deze tekst wordt volledig weergegeven in mijn noot 142.

De Digesten vermelden verder dat het verweer van gebrekkig bezit pas later aan de bewoordingen van het interdict *utrubi* is toegevoegd.⁸⁹

1. Dit interdict is van toepassing [bij een geschil] over het bezit van roerende zaken. [Langzamerhand] heeft echter de mening de overhand gekregen dat de rechtskracht ervan op een lijn is komen te staan met het interdict ‘Zoals gijlieden bezit’, dat voor onroerende zaken ter beschikking staat. Vandaar dat ook bij dit interdict diegene de overwinning behaalt, die niet met geweld, niet heimelijk en niet ter bede het bezit heeft op het moment dat hij door zijn tegenpartij over dit bezit wordt aangesproken.⁹⁰

Het interdict voor roerende zaken verschilde dus van dat van onroerende zaken voor wat betreft het tijdstip van beoordeling: dit interdict kent de maatstaf van ‘de langste periode van het afgelopen jaar’, het interdict *uti possidetis* wordt beoordeeld naar het ‘nu’. Desondanks zal de toepassing van deze criteria in de meeste gevallen niet ver uiteen hebben gelopen: ook de beoordeling bij het interdict *uti possidetis* zal uiteindelijk plaats hebben gevonden aan de hand van het verleden. Om als bezitter te kunnen gelden bij het aanhangig maken van het geschil moet men dat bezit immers vooraf vestigen door het verrichten van bezitshandelingen.⁹¹ De tijdsbepaling in het interdict *utrubi* – het voorafgaande jaar – vormt een duidelijke begrenzing van de tijdsspanne die voor de beoordeling van belang is.

Is dus het gebruik van het verleden voor de beoordeling van een aanspraak op de zaak op zich niet bijzonder, het criterium opent wel de mogelijkheid dat als winnaar niet de ‘huidige’, maar een voormalige bezitter wordt aangewezen die de zaak bijvoorbeeld in het afgelopen jaar net één dag langer onder zich

⁸⁸ Zie bijv. Gaius 4,149: Het interdict ZOALS GIJLIEDEN BEZIT wordt verleend met betrekking tot het bezit van grond of opstallen; het interdict BIJ WELKE VAN BEIDE PARTIJEN met betrekking tot het bezit van roerende zaken. *Et quidem VTI POSSIDETIS interdictum de fundi uel aedium possessione redditur, VTRVBI uero de rerum mobilium possessione.*

⁸⁹ Gaius (4,150) en Paulus (*Sententiae* V,6,1) geven een uitdrukkelijke vermelding van dit verweer in de bewoordingen van het interdict.

⁹⁰ D. 43,32,1,1: Hoc interdictum de possessione rerum mobilium locum habet: sed optinuit vim eius exaequatam fuisse uti possidetis interdicto, quod de rebus soli competit, ut is et in hoc interdicto vincat, qui nec vi nec clam nec precario, dum super hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet. De laatste zinsnede is vermoedelijk geïnterpoleerd om de uitspraak in overeenstemming te brengen met het geldende recht. Vgl. Bruns 1874, p. 174 en de opmerkingen hierboven, bij mijn noot 78.

⁹¹ Zie het voorbeeld van Bähr hieronder opgenomen bij mijn noot 105.

had.⁹² Dan verschilt de uitkomst van het interdict *utrubi* met die van *uti possidetis* dat steeds de huidige, niet-gebrekkige bezitter als winnaar aanwijst.

Terecht maakt dus de eerder aangehaalde Institutentekst (Inst. 4,15,4a) melding van ‘een zeer groot onderling verschil naar werkingskracht’ tussen de twee interdicten.⁹³ Naar aanleiding van dit verschil vindt een aantal schrijvers het gerechtvaardigd om de in de bronnen gehanteerde rangschikking van het interdict *utrubi* als gericht op behoud van bezit in meerdere of mindere mate ter zijde te schuiven en haar werking op een andere wijze te classificeren: als gericht op herkrijging van bezit.⁹⁴

⁹² Deze mogelijkheid werd overigens weer beperkt doordat het de huidige bezitter in bepaalde gevallen toegestaan werd om de tijd waarin zijn voorganger het bezit had uitgeoefend bij zijn eigen tijd op te tellen, de zogeheten *accessio temporis*. Zie hiervoor Gaius 4,151-152. De maatstaf van het interdict *uti possidetis* kent geen toevoeging van bezitstijd. Het is daar ook overbodig omdat bij dit interdict de bezitsaanspraken naar het heden worden beoordeeld in plaats van naar het verleden.

⁹³ De tekst wordt hieronder weergegeven bij mijn noot 213. Zie ook mijn noot 78.

⁹⁴ Bijv. Schmidt 1853, p. 115 (nt. 33): ‘Das Utrubi führt allerdings zur Wiederverlangung des Besitzes, jedoch nicht einer exceptio wegen, sondern weil es den gegenwärtigen Besitz gar nicht zum Erforderniss hat. Die Bezeichnung, welche die römischen Juristen für daselbe als *retinendae possessionis* haben, ist eine ungenügende’; Savigny 1865, p. 418-419: ‘Indessen soll damit nicht geleugnet werden, dass dieses an sich zufällige Zusammentreffen dennoch in den meisten Fällen wirklich stattfinden mag, so dass dann dieses Interdict für den praktischen Erfolg zugleich denselben Dienst leisten wird, wie wenn es *recuperandae possessionis* wäre’; Bruns 1874, p. 169: ‘Utrubi, was zwar als *retinendae possessionis* bezeichnet wird, aber dem zusteht, der maiore parte anni besessen, also in der Wirkung meistens recuperatorisch war.’; Bekker 1880, p. 141: ‘Daher muss dies Interdict von vornherein, auch ohne die exceptio u., energisch recuperatorisch gewirkt haben, als “die absolute Vindikation aus dem relativ längeren Besitz”’; Pflüger 1890, p. 112: ‘Hier ist ja die recuperatorische Function seit Savigny so allgemein anerkannt, dass auch Schmidt sie nicht zu bestreiten wagt und sich nur dadurch zu helfen weiss, dass er die Bezeichnung als *interdictum retinendae possessionis* für eine ungenügende und für eine sprachliche Nachlässigkeit erklärt’; Cuq 1894, p. 19: ‘Cet interdit diffère de l’*uti possidetis* en ce qu’il ne tend pas essentiellement au maintien de l’état actuel de la possession; il sert également à faire recouvrer une possession perdue.’; Glück 1896, p. 426: ‘Unleugbar dient das Utrubi vorzugsweis zur Wiedererlangung eines thatsächlich verlorenen Besitzes; gleichwohl wird es ausschließlich als *retinendae possessionis* ausgeführt, und zwar immer gemeinsam mit dem *Uti possidetis*.’; Berger *RE* 9, 1685 (s.v. *Interdictum*): ‘Das I. konnte recuperatorisch wirken, wenn der Besitzer zur Zeit des I.-Erlasses nicht derjenige ist, der durch den größeren Teil des Jahres besaß, und griff in solchem Falle gegen Besitzentziehung ein. Trotzdem wird es aber stets als *i. retinendae possessionis* bezeichnet, (...)’; Jolowicz 1932, p. 270: ‘(...) It is obvious therefore that this interdict might be used to regain possession – if e.g. A had had possession of the last five months, but B for the seven months preceding, then B. could recover from A. Otherwise the effect was similar to that of *uti possidetis*.’; Van Oven 1948, p. 125: ‘(...) en men moet ’t dus niet letterlijk opvatten, als het *utrubi* een *interdictum retinendae possessionis* wordt genoemd, want ’t kon natuurlijk zeer goed wezen, dat de degeen die *tempore interdicti* bezat, in ’t laatste jaar minder lang had bezeten dan zijn tegenpartij.’;

Aanhangers van de procedurele verklaring hebben moeite met het beantwoorden van de vraag waarom de *praetor* ervoor heeft gekozen om de regeling in twee afzonderlijke interdicten met twee verschillende maatstaven neer te leggen.

De Zulueta, een zelfverklaard aanhanger van de processuele verklaring, beschouwt het uitgangspunt van het interdict *uti possidetis* – het bezit ten tijde van de uitvaardiging van het interdict – als een vanzelfsprekende veronderstelling, maar kan daarentegen geen rationeel uitgangspunt ontwaren in het interdict *utrubi*.⁹⁵ Aan het eind van zijn bespreking wijst hij zonder nader commentaar op een artikel dat het uitgangspunt van *utrubi* probeert te vinden in de ongeschiktheid van de maatstaf van *uti possidetis* voor het naar verhouding instabieler bezit van roerende zaken, althans tot het moment waarop in die maatstaf het verweer van gebrekkig bezit was toegevoegd.⁹⁶

Mijn onderzoek van de twee bezitsinterdicten toont dat zij op tenminste drie en mogelijk vier punten van elkaar verschillen. Het eerste verschilpunt vormt het woord bezit, *possessio*. Dat wordt wel gebruikt in *uti possidetis*, niet in *utrubi*. Het tweede verschil is het beschermde object: onroerend bij *uti possidetis*, roerend bij *utrubi*. Het derde verschil ligt in de gebruikte maatstaf van de interdicten: ‘nu’ of ‘het langst in het afgelopen jaar’. Tenslotte maakt Ulpianus melding van het feit dat het verweer van gebrekkig bezit oorspronkelijk niet was opgenomen in het interdict *utrubi*, terwijl de bronnen niet buiten twijfel stellen dat dit ook het geval was bij het interdict *uti possidetis*.⁹⁷

Het ligt voor de hand dat aanhangers van de processuele verklaring de rechtvaardiging voor de verschillende maatstaf zullen zoeken in het verschil

De Zulueta 1953, p. 292: ‘(...) And apart from that, the classification of *Utrubi* as *retinendae poss. c.* is not strictly accurate.’ Anders: Daube 1951, p. 401 e.v., waarvan het deel over het interdict *utrubi* in § 3.3 uitgebreid besproken zal worden. Heinsius 1922, p. 13 noemt zelfs het interdict *uti possidetis* recuperatoir: ‘Wij hebben gezien, dat de Romeinen zelf het interdict [*uti possidetis*, *HHR*], dat zij *retinendae possessionis* noemden, ook nooit anders dan retentoir beschouwden; hem, wien de overwinning toekomt, merkten zij als possessor aan. Maar in praktische werking is het interdict in genoemde gevallen toch recuperatoir.’

⁹⁵ De Zulueta 1953, p. 292: ‘In classical times *Uti poss.* and *Utrubi* were chiefly used for settling which of the two parties to a *uindicatio* should have the advantage, as possessor, of being defendant (§ 148; Inst. 4,15,4) and there is no reason to doubt Ulpian’s view that this was their original purpose. (...) *Uti poss.* adopts the natural presumption in favour of the actual possessor. What rational principle underlies *Utrubi* is a mystery.’

⁹⁶ De Zulueta 1953, p. 292: ‘A recent suggestion is that the comparative instability of possession of movables made *Uti poss.* unsuitable for them, at any rate till the *exc. uit. poss.* had been added.’ Dit is een verwijzing naar Daube 1951, p. 401 e.v. Zie hierover ook mijn noot 94 *in fine* en § 3.3.3.

⁹⁷ Vergelijk hierboven de opmerking bij mijn noot 81.

roerend/onroerend of in het verweer van gebrekkig bezit.⁹⁸ Maar geen van beide alternatieven levert een afdoende verklaring. Voor wat betreft het verweer van gebrekkig bezit lijkt het niet bepaald aannemelijk dat de *praetor* ooit zijn autoriteit zou hebben willen verlenen aan een toewijzing van het bezit van een roerende zaak aan een rover of aan een andere gebrekkige bezitter.⁹⁹ Het onderscheid roerend/onroerend lijkt vruchtbaarder terrein voor het vinden van een verklaring. Bruns merkte over dit verschil op:

Daarentegen is echter bij roerende zaken de herstellende bescherming ten gevolge van bezitsonttrekking van aanzienlijk groter belang dan bij onroerende zaken. De mogelijkheid van onttrekking is hier nu eenmaal juist vanwege de mobiliteit aanzienlijk makkelijker, namelijk ook op een geweldloze wijze door heimelijke wegneming, verduistering, het zwerven van dieren (in Rome ook slaven), het aanspoelen van zaken enzovoorts. De onmiddellijke bezitstoestand heeft hier daarom een aanzienlijk geringere betekenis dan bij onroerende zaken, omdat hij zo gemakkelijk verkregen en veranderd kan worden.¹⁰⁰

Bruns' verklaring stuit echter af op het gegeven dat het ten tijde van keizer Justinianus mogelijk bleek om de onmiddellijke bezitstoestand ook als criterium te gebruiken voor het interdict voor roerende zaken.¹⁰¹ Mocht het verschil roerend/onroerend inderdaad zo fundamenteel zijn als Bruns beweert, dan mag het bepaald opmerkelijk heten dat dit verschil in later tijden zo eenvoudig opgeheven kon worden. Kaser wijt de invoering van een afzonderlijk interdict dan ook niet aan een weloverwogen keuze van de *praetor*, maar aan onhandigheid. Hij beschouwt de invoering van het interdict voor roerende zaken als 'een archaïsche onbeholpenheid, die door de veelvuldige bezitswisselingen van roerende zaken nog niet op een bevredigende wijze verklaard wordt.'¹⁰²

⁹⁸ Dat er ook in het interdict *utrubi* wel degelijk sprake is van bezit ondanks het feit dat het woord niet genoemd wordt, is voor aanhangers van de processuele verklaring uiteraard boven elke twijfel verheven.

⁹⁹ Vgl. hierboven, p. 26.

¹⁰⁰ Bruns 1874, p. 168: 'Dagegen ist aber bei Mobilien der recuperatorische Schutz wegen Entziehung des Besitzes von ungleich größerer Wichtigkeit als bei Immobilien. Die Entziehung ist hier eben der Beweglichkeit wegen ungleich leichter möglich, namentlich auch ohne Gewalt durch heimliche Wegnahme, Unterschlagung, Zulaufen von Thieren (in Rom auch Sklaven), Zuschwemmen von Sachen u.s.w. Der augenblickliche Besitzstand hat darum hier eine ungleich geringere Bedeutung als bei Immobilien, da er so leicht erlangt und verändert werden kann.' Vgl. Karlowa 1901, p. 1201.

¹⁰¹ Bruns 1874, p. 175 kan alleen vermoedens voor deze wijziging aandragen: 'Mag die Aenderung nun aber entstanden sein, wann und wie sie will, die Hauptfrage bleibt, warum sie gemacht ist. Leider fehlt darüber alle und jede Andeutung vollständig. Man ist ganz auf Vermuthungen beschränkt.'

¹⁰² Kaser 1971, p. 398 (§ 96 IV): 'Dieses Interdikt schützt also nicht den letzten fehlerfreien Besitzer, sondern den, der innerhalb des letzten Jahres, vom Erlaß des

Intussen zal het ook met behulp van het criterium van de onmiddellijke bezitstoestand vaak geen eenvoudige opgave zijn geweest om uit te maken wie bezitter van een zaak was. De vraag wie nu de bezitter van een bepaald grondstuk was, is een feitelijke vraag en die werd door het ambtsbevel niet beantwoord. Zij kwam pas aan de orde nadat één of beide partijen zich opnieuw bij de *praetor* meldde met de mededeling dat diens bevel geschonden was. Dan werd een rechter belast met de taak om uit te zoeken of dit inderdaad het geval was en daartoe moest hij beslissen wie als bezitter had te gelden.¹⁰³ Dit soort beslissingen zijn vaak niet makkelijk. Otto Bähr, een voormalig rechter van het Duitse Reichsgericht, wijst er op dat met name bij open grondstukken het bezit niet steeds op een kenbare manier wordt uitgeoefend.¹⁰⁴ Veelmeer is het zo dat de notie van bezit zich vormt als een gevolgtrekking van afzonderlijke handelingen ten aanzien van een grondstuk. Wanneer tussen twee partijen onenigheid bestaat over het bezit van een grondstuk zal het doorgaans zo zijn, dat beide partijen bezitshandelingen kunnen aantonen, die verdeeld zijn over een groter of kleiner deel van het verleden en die wellicht zeer onordelijk zijn. Bähr geeft het volgende praktijkvoorbeeld:

A en B krijgen onenigheid over de vraag wie de bezitter is van een grondstuk waarop gras groeit. Het blijkt dat de grond vroeger niet als hooiland is gebruikt, maar dat verschillende omwonenden, waaronder A en B, er hier en daar hun vee lieten weiden. Sinds enige jaren echter, hebben zowel A als B, men weet niet hoe vaak, op enige plekken waar het gras hoog opgroeide, dat gras met de sikkel laten maaien en naar huis gebracht. Vorige herfst heeft A een sloot aangelegd, om er het water uit het voorbijlopende riviertje tijdelijk in op te vangen. Die opvang is echter ondeugdelijk gebleken. Anderzijds heeft B in de lente het riviertje ingedijkt en zodoende water over het land laten vloeien. A heeft vervolgens in het voorjaar die stenen vergaard en daarmee de oever van het riviertje verstevigd, en ook een deel van het land bemest. B heeft de molshopen geëffend en wat struikgewassen van het land gerooid. A heeft de aan de rivieroever gelegen weides gemaaid en het hout verkocht. In de zomer, als het gras tamelijk hoog gegroeid is, laat A nu de hele weide maaien. Voordat echter het gras gedroogd is, snelt B toe en brengt het grootste deel naar huis. Als hij direct daarop de rest wil ophalen, is A al langsgeslagen

Interdikts zurückgerechnet, den längeren fehlerfreien Besitz gehabt hat; eine altertümliche Unbeholfenheit, die durch den häufigen Besitzwechsel beweglicher Sachen noch nicht befriedigend erklärt wird.'

¹⁰³ Zie over deze fase nader Kaser/Hackl 1996, p. 413 e.v. en Berger *RE* 9, 1691 e.v. (s.v. *Interdictum*).

¹⁰⁴ Bähr 1888, p. 242-243.

en heeft het op zijn beurt meegenomen. Nu ontstaat de onenigheid en rijst de vraag: wie is bezitter, A of B?¹⁰⁵

Bährs voorbeeld vestigt de aandacht op het feitelijke fundament waarop de beslissing over het bezit gegrond moest worden. De kern van het vraagstuk is de weging van de feiten: bevatten die voldoende aanknopingspunten om één van beide partijen als bezitter van de zaak aan te merken?¹⁰⁶

In de afweging was één uitkomst in ieder geval uitgesloten, namelijk de beslissing die A en B beiden als bezitter aanmerkte van het gehele grondstuk. Anders gezegd: een *compossessio plurium in solidum* was onmogelijk. Hieraan stond de feitelijke opvatting van bezit van de Romeinse juristen in de weg:

Daarentegen kunnen verscheidene personen dezelfde zaak niet in haar geheel bezitten; het zou immers tegen de natuur indruisen als, terwijl ik iets onder mij houd, ook u geacht wordt dit onder u te houden.¹⁰⁷

Het gebruik van het interdict ter bepaling van de procesrollen zal steun verschaft hebben aan deze zienswijze. Zou een zaak immers in zijn geheel aan meerdere bezitters kunnen toebehoren, dan was het interdict niet langer geschikt als instrument om, wanneer zij onenigheid kregen, hun rollen in het eigendomsproces te bepalen: beide partijen zouden dan als gedaagde mogen optreden en er werd geen eiser aangewezen.

Een ander gevolg van het gebruik van het interdict als voorproces was dat een beroep van een partij op zijn eigendomsrecht hier niet kon worden toegelaten. Over het eigendomsrecht werd immers pas in de volgende procedure beslist. Zou het al in de bezitsprocedure kunnen worden ingeroepen, dan liepen de procedures door elkaar heen en was de bezitsprocedure als voorproces van nul en generlei waarde.

De leer die de invoering van de bezitsinterdicten verklaart als voorproces van het eigendomsproces heeft lang geheerst. Jhering, een overtuigd aanhanger, wees erop dat de juistheid van deze leer, voor zover hij kon nagaan, tot aan Savigny door niemand aan de orde is gesteld.¹⁰⁸ Als bewijsplaatsen geeft hij op de hierboven weergegeven citaten uit Gaius, de Digesten, de Instituten van

¹⁰⁵ Het voorbeeld stamt uit Bähr 1888, p. 243. Overigens werd er al onder de glossatoren een felle strijd gevoerd over de vraag wat te doen in een bezitsprocedure waarin beide partijen even sterk bewijs voor hun bezitspretenties aanvoerden, zie ook mijn noot 639.

¹⁰⁶ Hierin verschilt de beoordeling van het interdict voor onroerende zaken niet van die van het interdict van roerende zaken.

¹⁰⁷ D. 41,2,3,5: Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris.

¹⁰⁸ Jhering 1968, p. 78, noot 74. Ter ondersteuning van zijn betoog verwijst hij naar de Glosse en de commentaren op de Instituten van Jani a Costa, Vinnius en Otto.

Justinianus en de Parafrase van Theophilus.¹⁰⁹ Jhering geeft als zijn mening te kennen dat ‘gelet op de ondubbelzinnige, herhaalde berichten van onze bronnen, die dit bevestigen, iedere poging om de invoering van deze interdicten een ander uitgangspunt toe te schrijven, achterwege kan blijven.’¹¹⁰ Toch is deze leer niet langer de heersende.¹¹¹

Tegenwoordig omarmt de literatuur een andere leer die de invoering van bezitsinterdicten ter behoud van bezit in verband brengt met het beschermen van bezit tegen ongeoorloofd eigenmachtig optreden.¹¹² Deze leer ontkent niet dat interdicten werden gebruikt als voorproces van het eigendomsproces, maar beschouwt dat als een nieuwe toepassing van rechtsinstrumenten die reeds bestonden en voor een ander doel ontworpen waren. Onder andere Karlowa bestreed dat de door Jhering aangehaalde bewijsplaatsen op ondubbelzinnige wijze uitsluitel geven over het historische motief achter de invoering van de bezitsinterdicten tot behoud van bezit: de teksten zouden alleen betrekking hebben op de plaatsing van deze interdicten in het ‘eeuwig Edict’¹¹³ van Hadrianus.¹¹⁴ De volgende paragraaf onderzoekt de leer die de invoering van bezits-

¹⁰⁹ Jhering 1968, p. 78, noot 73.

¹¹⁰ Jhering 1968, p. 78: ‘Das historische Motiv der Einführung jener Interdicte [interd. *retinendae possessionis*, *HHR*] wird in das Interesse der Besitzregulierung beim Eigentumsstreit gesetzt. Angesichts der unzweideutigen, wiederholten Nachrichten unserer Quellen, welche dies bezeugen, kan jeder Versuch, für die Einführung jener Interdicte einen andern Ausgangspunkt zu gewinnen, auf sich beruhen bleiben.’ In dezelfde zin Bähr 1888, p. 241.

¹¹¹ Vgl. Leifer *RE* 22/1, 838 (s.v. *possessio*): ‘Die Ansicht Jherings (Grund des Besitzschutzes, 78f.) allerdings, unsere Interdikte wären von vornherein für diesen Zweck geschaffen worden, darf heute als endgültig widerlegt gelten, (...)’; Berger *RE* 9, 1683 (s.v. *Interdictum*): ‘Es wäre jedoch ungenau, die *i. retinendae possessionis* auf die Vorbereitung des Vindikationsprozesses zu beschränken, da es, wie wir gesehen haben, eine Reihe von Fällen gibt, wo dieses I. [Uti possidetis, *HHR*] lediglich den Besitzer vor Besitzstörung zu schützen hat.’

¹¹² Kaser 1971, p. 396 (§ 96); Kaser/Hackl 1996, p. 410-411. Zie ook: Jörs/Kunkel/Wenger 1987, p. 552.

¹¹³ Zie hierboven, p. 6.

¹¹⁴ Karlowa 1901, p. 317: ‘Nach einer andern heute vorherrschenden Ansicht sollen die *interdicta retinendae possessionis* zum Zweck der Ordnung der Beweislast und der Parteirollen im Eigentumsprozesse eingeführt sein. Unzweideutige Beweise dafür sollen die Äußerungen Gaius’ IV, 148 und Ulpian in l. 1 §§ 2 u. 3 D. uti possidetis 43,17 bieten. Die beiden Juristen sagen an diesen Stellen, die *interdicta retinendae possessionis*, bezw. das *uti possidetis* seien zu jenem Zweck bereitet, aufgestellt (*comparata* u. dgl.). Allein diese Äußerungen beziehen sich nicht auf die erste historische Einführung jener Interdikte, sondern auf die Aufstellung in dem noch in praktischer Geltung befindlichen Edikt, welches namentlich Ulpian kommentiert, im Hadrianischen Edikt. Daß damit kein Aufschluß gewährt werden sollte über den Grund der ersten historischen Einführung der Interdikte, kann, glaube ich, mit vollem Fug behauptet werden.’ In dezelfde zin ook al: Dernburg 1883, p. 14 en Dernburg 1896 (I), p. 406-407, noot 5: ‘Vom Standpunkte der Kaiserzeit und des unter Hadrian redigierten

interdicten tot behoud van bezit verklaart vanuit de noodzaak om bezit te beschermen tegen ongeoorloofd eigenmachtig optreden.

3.3 De politionele verklaring

De politionele verklaring noemt als motief voor de invoering van de bezitsinterdicten de wens om bezitters/niet-eigenaren te beschermen tegen ongeoorloofd eigenmachtig optreden van niet-bezitters.

Dit doel kon niet bereikt worden met het bestaande middel van de *legis actio sacramento in rem*, omdat die slechts bescherming bood aan personen die een Quiritisch recht op de zaak konden inroepen.¹¹⁵ In de loop van de tijd zou de behoefte zijn toegenomen aan een meeromvattende bescherming: aan bescherming van het behoud van een feitelijke machtspositie.¹¹⁶

3.3.1 De politionele verklaring en het interdict *uti possidetis*

Volgens de Duitse historicus Niebuhr deed zich de behoefte aan bescherming van het behoud van een feitelijke machtspositie vooral voor bij de gebruikers van het zogeheten publieke land van het Romeinse volk, *ager publicus populi Romani*.

De wisseling van bezit op het publieke land was ontbloot van alle vormelijkheden die uitgevonden waren zekerheid aan de eigendom te geven: alle rechtsvorderingen en rechtsmiddelen waarmee dit beweerd kon worden, ontbraken: bezit zou onbeschermd zijn geweest tegen gewelddadigheden en ontrouw, wanneer niet de hoogste macht die het verleend had, en had uitgenodigd in bezit te nemen, deze bescherming al ingesteld had. Ze werd gewaarborgd door bezitsinterdicten; want ik houd niets voor meer onbetwistbaar als hun directe en oorspronkelijke betrekking op dit bezit.¹¹⁷

prätorischen Ediktes rechtfertigt sich die Äußerung von Gajus Inst. IV § 148; (...). Ähnlich Ulpian in l. 1 §§ 2 und 3 D. uti possidetis 43,17.'

¹¹⁵ 'Quiritisch recht' omvatte meer dan alleen het eigendomsrecht: zie de opmerking bij mijn noot 25.

¹¹⁶ Zie in dit verband ook Heinsius 1922, p. 4-5, die Livius, *Ab urbe condita*, Liber XL, 17 aanhaalt, waarin koning Masinissa zich in Carthago rond het jaar 182 v. Chr. zowel beroept op het door het volkenrecht erkende recht van eigendom als op zijn bezit. Volgens Heinsius toont dit fragment toont dat het interdict *uti possidetis* de functie vervulde van voorproces voor de revindicatie.

¹¹⁷ 'Der Wechsel des Besitzes auf dem Gemeinland war von allen Förmlichkeiten entbloßt die erfunden worden um dem Eigentum Sicherheit zu geben: alle Klagen und Rechtsmittel wodurch dieses behauptet ward, fehlten ihm: es wäre ohne Schutz gegen Gewaltsamkeit und Unredlichkeit gewesen, wenn nicht die höchste Gewalt welche ihn

Deze zienswijze is later verder uitgewerkt door o.a. Savigny,¹¹⁸ Dernburg¹¹⁹ en Kaser.¹²⁰ Inmiddels heeft zij vrij algemeen ingang gevonden.

Ager publicus was met name het land dat in oorlogen op de vijand was buitgemaakt en daardoor toebehoorde aan de Romeinse republiek, dus aan het Romeinse volk als geheel.¹²¹ Hierdoor kon een individuele Romeinse burger nooit een eigendomsrecht op dergelijk land inroepen, tenzij de volksvergadering van het Romeinse volk de eigendom van de grond in kwestie uitdrukkelijk aan hem had overgedragen.¹²² Maar het is bekend dat Romeinse burgers deze publieke gronden voor eigen nut gebruikten. En er bestaat een taalkundig interessant verband tussen de uitdrukking ‘bezit’, *possessio*, en de benaming waarmee dit gebruik van dergelijke gronden wordt beschreven: ze werden namelijk aangeduid met de term *possessiones*. Festus, een taalkundige uit de 2^e eeuw na Chr., geeft de volgende omschrijving:

Als *possessiones* worden aangeduid wijd uitgestrekte publieke of private stukken grond, omdat ze niet krachtens *mancipatio*, maar door gebruik gehouden werden, en zoals eenieder in bezit had genomen, bezat hij.¹²³

verliehen, und eingeladen hatte ihn zu ergreifen, diesen bereit gehalten hätte. Er ward durch possessorischen Interdicte gewährt; denn ich halte nichts für unzweifelhafter als derselben unmittelbare und ursprüngliche Beziehung auf diesen Besitz.’ Dit citaat stamt uit de 2^e, herziene druk: Niebuhr 1830, p. 168-169. Niebuhr ontvouwde zijn theorie al eerder, in 1812, in de eerste druk (p. 370): ‘Hingegen halt ich nichts für unzweifelhafter gewiß als die unmittelbare und ursprüngliche Beziehung der possessorischen Interdicte auf diesen Besitz [van publieke grond, *HHR*]. Ausdrücklich wendet Cicero sie an auf den Besitz des Gemeinlands, und ihr Inhalt deutet unmittelbar hieher.’ In noot 88 (p. 371) vermeldt Niebuhr dat hij zijn ideeën met zijn vriend Savigny besproken heeft en dat deze mede door Savigny gevormd zijn. Zie in de 2^e druk (1830) p. 169, noot 16 en verder ook p. 179. Savigny zou zich in de 3^e druk van zijn *Das Recht des Besitzes* (1818, p. 174) bij Niebuhrs zienswijze aansluiten.

¹¹⁸ Savigny, *Das Recht des Besitzes*, derde druk (1818), p. 174 e.v.

¹¹⁹ Dernburg 1883, *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts*.

¹²⁰ Kaser 1956, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, p. 239 e.v. (§29-32).

¹²¹ Veroverde grond, *ager occupatorius*, vormt ongetwijfeld de kern van verkrijging van *ager publicus*. Ik ga niet in op andere wijzen van verkrijging, zoals de confiscatie van gronden om Romeinse burgers te bestraffen die zich niet voor de census registreerden of hun militaire dienstplicht probeerden te ontwijken. Zie hierover en over de juridische aspecten van staatsgrond in het algemeen: Roselaar 2010, m.n. hoofdstuk 3: *The Legal Conditions of Ager Publicus*.

¹²² Roselaar 2010, p. 87.

¹²³ Festus, *De verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome* (Thewrewkianis copii usus edidit W.M. Lindsay), Leipzig: Teubner 1913, onder ‘*possessiones*’, p. 277: ‘*Possessiones appellantur agri late patentes publici privatique, qui[a] non mancipatione, sed usu tenebantur, et ut quisque occupaverat, possidebat.*’

Het kenmerk van *possessiones* is volgens Festus dat ze niet krachtens Quiritisch recht gehouden werden – daarvoor was een formele overdracht door *mancipatio* noodzakelijk – maar doordat de gebruiker zich feitelijk van de grond meester had gemaakt en hem gebruikte. Ook Javolenus, een jurist uit de eerste eeuw van onze jaartelling, wijst nadrukkelijk op dit onderscheid tussen feitelijk en juridisch toebehoren. Hij omschrijft als bezitting, *possessio*, datgene wat niet aan iemand toebehoorde of niet aan iemand *kon* toebehoren.

Dezelfde, *Brieven* IV. De vraag rijst wat het verschil is tussen een ‘perceel grond’ enerzijds en een ‘bezitting’, een ‘akker’ en een ‘stuk grond’ anderzijds. Een ‘perceel grond’ is alles wat met het aardoppervlak verbonden is. Van een ‘akker’ is sprake, als een stuk van een perceel ten nutte van de mens gereed wordt gemaakt. Een ‘bezitting’ verschilt van een akker op het punt van het eigendomsrecht; *want alles wat wij ons toeëigenen, terwijl de eigendom ervan ons niet toebehoort of ons niet kán toebehoren noemen wij een ‘bezitting’* [cursivering: HHR]. ‘Bezitting’ slaat dus op het gebruik van een terrein en ‘akker’ op de eigendom ervan. De uitdrukking ‘stuk grond’ is een algemene benaming voor beide zojuist vermelde zaken; want zowel een akker als een bezitting valt onder deze term.¹²⁴

Een *possessor* van publieke gronden had dus een zwakke positie ten opzichte van de staat: die was nog steeds eigenaar en kon de grond naar believen in rechte teruggeisen. Verder kon een *possessor* geen Quiritisch recht op staatsgrond verwerven door verkrijgende verjaring: een dergelijke verkrijging was nadrukkelijk uitgesloten.¹²⁵ Hiermee is de positie van de bezitter ten opzichte van de staat in hoofdlijnen geschetst.¹²⁶

¹²⁴ D. 50,16,115: IDEM libro quarto epistularum. Quaestio est, fundus a possessione vel agro vel praedio quid distet. ‘fundus’ est omne, quidquid solo tenetur. ‘ager’ est, si species fundi ad usum hominis comparatur. ‘possessio’ ab agro iuris proprietate distat: quidquid enim adprehendimus, cuius proprietas ad nos non pertinet aut nec potest pertinere, hoc possessionem appellamus: possessio ergo usus, ager proprietas loci est. ‘praedium’ utriusque supra scriptae generale nomen est: nam et ager et possessio huius appellationis species sunt.

¹²⁵ Niebuhr 1830, p. 164, verwijst (nt 305) naar: Frontinus (der sogenn. Aggenus II), *de controuv. Agrorum*, tit. De alluvione, p. 69 ed. Goëssi. Vgl. D. 41,3,9. Zie ook de bronnen en literatuur bij Roselaar 2010, p. 95 (noot 26).

¹²⁶ In de literatuur treft men uiteenlopende meningen aan over de vraag naar hun rechtsbetrekking: sommige schrijvers merken als rechtstitel aan bezit ter bede, precarium, (Bijv. Dernburg 1883, p. 6; Dernburg 1896 (I), p. 405, noot 3; Roselaar 2010, p. 94) anderen pacht (Bijv. Jhering 1889, p. 124, noot 1), nog weer anderen ontkennen dat er sprake is van een rechtsbetrekking en zien in deze possessio alleen een zuiver feitelijke relatie die buiten het privaatrecht staat (Bijv. Sohm/Mitteis 1949, p. 197; Kaser 1956, p. 240; Kunkel 1965, p. 61; Kaser 1971, p. 387). Ik laat deze vraag verder buiten beschouwing: voor ons doel volstaat de wetenschap dat in de verhouding tussen de

Volgens de politionele verklaring zijn de bezitsinterdicten ingevoerd om een einde te maken aan geschillen tussen burgers onderling over ongeoorloofde, eigenmachtige inbreuken op het bezit van publieke grond. De *praetor* zou zijn ambtsmacht hebben ingezet om dergelijke inbreuken ongedaan te maken. De *legis actio sacramento in rem* kon hiervoor niet ingezet worden, omdat het voorwerp van geschil het bezit was en niet de eigendom. Dit zou blijken uit het volgende fragment van Festus dat ons helaas niet volledig overgeleverd is.

Possessio is, zoals Gallus Aelius het omschrijft, een bepaald gebruik van een grondstuk, of een gebouw, en niet het grondstuk of de akker zelf. (... [betekenis van deze passage onduidelijk door 2 lacunes in het handschrift en een corruptieel, HHR]). En derhalve durft in wettelijke acties niemand op grond van het Quiritische recht zijn bezit te noemen, maar gaat over tot het interdict, zoals de praetor dat gebruikt in de volgende bewoordingen: ‘Zoals gijlieden nu dat grondstuk waarover het gaat, noch met geweld noch heimelijk noch ter bede ten opzichte van elkaar bezit, [ten aanzien daarvan] verbied ik dat geweld gebruikt wordt dat erop gericht is dat gijlieden niet langer op deze wijze bezit.’¹²⁷

In deze lezing¹²⁸ maakt Festus duidelijk dat het bezit van een onroerende zaak verschilt van het Quiritisch recht op die zaak. Hij geeft aan dat het gevaarlijk is

bezitter van *ager publicus* en de staat de eigendom bij de staat lag, totdat deze door het bevoegde gezag werd overgedragen. Zie ook: Kleyn 1986, p. 8 e.v.

¹²⁷ Festus, *De verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome* (Thewrewkianis copiis usus edidit W.M. Lindsay), Leipzig: Teubner 1913, onder ‘possessio’, p. 260: *Possessio est, ut definit Gallus Aelius, usus quidam agri, aut aedifici, non ipse fundus aut ager. Non enim possessio est rebus quae tangi possunt qui dicit se possidere, † his vere † potest dicere. Itaque in legitimis actionibus nemo ex † his qui † possessionem suam vocare audet, sed ad interdictum venit, ut praetor his verbis utatur: “Uti nunc possidetis eum fundum quo de agitur, quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis, adversus ea vim fieri veto.”*

¹²⁸ De vertaling bevat de volgende conjectuur: † his qui † → *ex ius/iure Quiritium*. Vlg. Huschke 1835, p. 97-98: ‘In den sinlosen Worten *ex his qui*, bei denen Augustinus *litigant* hinzusetzen, oder statt der beiden letzten Worte *reis* lesen wollte, hat bereits Cuiacius das Richtige: *ex iure Quiritium* erkannt, die gewöhnliche Bezeichnung der rechten Eigenthums, zu welchem uns eine Sache gehöre. Doch wie liegt dieses in den Zügen der Handschrift? Wegen *qui* ist dieses unzweifelhaft; man kürzte gewöhnlich ab: *iq̄* oder *iqū*; da nun *q̄* auch *qui* bedeutet, so hat ein früherer Abschreiber offenbar diese Sigle falsch ausgelöst. Auffallender ist aber *ex his* – *ex iure* zu machen; wir würden darin vielmehr *ex ius Quiritium* erkennen, und dieses erinnert uns an die eigene Erscheinung, daß in Ulpian’s Fragmenten sechsmal, d.h. so oft daselbst diese Formel überhaupt vorkommt, ausgeschrieben steht: *ex ius Quiritium* nicht *ex iure Quiritium*. Daher scheint unsere Stelle sehr zur Bestätigung der von Hugo geäußerten Vermuthung beizutragen, daß man wirklich mit einem Archaismus (wo noch etwa *ius*, das ohnehin mit *fas* oft zusammengestellt wird, eben so indeclinabel wie dieses gewesen) *ex ius Quiritium* gesagt habe. Da indessen sonst nirgends eine Kunde von

om slechts als bezitter – wanneer men niet beschikt over het eigendomsrecht – over te gaan tot een wettelijke actie. Kennelijk heeft hij het oog op de l.a.s.i.r., die van beide partijen eist dat zij de zaak opeisen met de formule ‘mij toebehorend op grond van het Quiritisch recht’.¹²⁹ Het gevaar lag in het oordeel dat het gestelde recht ontbrak: dat zou immers leiden tot afwijzing van de vordering en het verlies van de inzet van de weddenschap. Omdat het bewandelen van de wettelijke weg dus met het nodige risico gepaard ging, vroeg men liever het bezitsinterdict aan.

Het verbod van de *praetor* om de bezitstoestand met geweld te wijzigen wordt door aanhangers van de politionele verklaring beschouwd als de kern van het interdict voor onroerende zaken. Kaser wijst erop dat het natuurlijk voor kan komen dat iemand het bezit al op oneigenlijke wijze kwijt was geraakt aan zijn wederpartij. Hij meent dat in een dergelijk geval de *praetor* voorafgaand aan het uitvaardigen van het interdict het bezit aan de oorspronkelijke bezitter zou hebben teruggegeven.¹³⁰ Na de uitvaardiging van het interdict leidde ieder ongeoorloofd eigenmachtig optreden tot bestraffing, *coercitio*.¹³¹ Uit het geweldsverbod kan men het doel van het bevel afleiden: de *praetor* wenste de

früherer Indeclinabilität des Wortes *ius* vorhanden ist – auch nicht in der Zusammensetzung *ius iurandum*, wie Einige behauptet haben – so bleiben wir doch wohl sicherer bei der bisherigen Schreib- und Redeweise, und erklären das *ex ius Quiritium* auf seiner falschen Auslösung der Siglen durch gedankenlose oder ganz unwissende Abschreiber, die in ihren Notenverzeichnissen für *iq* fanden: *ius Quiritium*.’ Müller 1839, p. 232-233 merkt Cujas’ conjectuur – *ex iure Quiritium* – aan als de beste, ook Savagner 1846, volgt deze lezing, p. 400 nt. 115 & p. 719. Het is opmerkelijk dat Dernburg 1883 op p. 29 aangeeft Huschke te volgen, maar de betreffende passage desalniettemin leest als *ex jure Quiritium*. Even opmerkelijk is het om ook in het notenapparaat in Lindsay 1913, p. 261 te lezen ‘*ex iure Quiritium Huschkianus*’.

¹²⁹ Zie voor de formule hierboven mijn noot 35.

¹³⁰ Kaser 1956, p. 249: ‘Es ist wohl nicht zu bestreiten, daß auch schon vor Einführung der sog. *exceptio* nicht jeder gegenwärtige Besitz aufrechterhalten werden sollte. Der gewaltsam, heimlich oder prekaristisch erworbene Besitz muß seit alters dem Schutz gegenüber dem Vorbesitzer entzogen gewesen sein. Nimmt man dies an, dann folgt daraus, daß die Besitzrückgabe in diesen drei Fällen schon vor der Erteilung des Interdikts erfolgte. Der Prätor begab sich mit den Parteien auf das umstrittene Grundstück, prüfte durch *causae cognitio* die Besitzlage und, wenn er fand, daß der gegenwärtige Besitzer dem Gegner gegenüber fehlerhaft besaß, ordnete er die sofortige Einweisung des Gegners in den Besitz an. War sie vollzogen, dann verbot der Prätor durch obiges Interdikt künftige Eigenmacht gegenüber dem hergestellten Besitz. Aus diesem Grunde ist das *uti possidetis* – neben dem ihm nachgebildeten *utrubi* – das einzige *interdictum duplex*, weil beiden Parteien untersagt wird, den gegenwärtigen Besitzstand anzutasten. Die Bereinigung des Besitzes geschieht vor der Interdiktserteilung durch *missio in possessionem*; und es ist in unserem Zusammenhang vermutlich kein Zufall, daß auch die *missio* den Imperiumsträgern vorbehalten ist.’ Zie ook mijn noot 83.

¹³¹ Kaser 1956, p. 250.

gevestigde orde in stand te houden, het bezitsinterdict was een ordemaatregel. Hierin ligt ook het verschil met de opeising in de eigendomsprocedure: die dient om een recht op een zaak in te roepen terwijl het bezitsinterdict dient om de *status quo* te handhaven. De staat heeft een groter belang bij stabiliteit en het voorkomen van wanordelijkheden tussen burgers dan bij het bepalen van individuele rechten van toebehoren. Goethe beschreef die belangenafweging toepasselijk in zijn *Dichtung und Wahrheit*: ‘De staat maakt het alleen wat uit, dat het bezit bepaald is en zeker, of men rechtens bezit, kan hem minder schelen.’¹³² De *praetor* diende dus het staatsbelang toen hij het interdict invoerde om bezitters te beschermen tegen ongeoorloofd eigenmachtig optreden.

De politionele verklaring heeft met de procedurele gemeen dat haar motief de uitsluiting eist van het verweer van de rechtmatige eigendom, *exceptio iusti dominii*. Maar deze uitsluiting dient een ander doel. In de procedurele toepassing wordt het beroep uitgesloten omdat men in de voorfase van het eigendomsproces niet de hoofdvraag aan de orde wil stellen.¹³³ In de politionele toepassing is het beroep op de eigendom van de zaak irrelevant omdat zij niet de vraag naar de eigendom aan de orde stelt, maar die van de bescherming van de bezitter tegen ongeoorloofde, eigenmachtige inbreuken. Een eigenaar mag slechts op een geoorloofde wijze veranderingen aanbrengen in de gevestigde orde, hij mag die niet doorbreken louter met een beroep op zijn recht. Het gevolg is dat politionele bescherming ook gevraagd kan worden door personen die de zaak op een onrechtmatige wijze in hun bezit hebben verkregen. Van Oven verwoordt dit op de volgende wijze: ‘De bezitsbescherming is dus in dit systeem een reactie tegen onrecht, tegen daden die niet dáárom onrechtmatig zijn, dat zij een subjectief recht schenden, maar die uit hun aard al onrecht zijn, omdat de staat geen eigenmachtig optreden buiten zekere grenzen kan dulden.’¹³⁴

De *praetor* heeft de bescherming van de gevestigde orde echter niet in alle gevallen voorrang willen geven: hij plaatste bepaalde situaties buiten deze bescherming. Hij deed dit door in de bewoordingen van het interdict het verweer van ‘gebrekkig bezit’ op te nemen, de hierboven besproken *exceptio vitiosae possessionis*.¹³⁵ De *praetor* merkte drie manieren van bezitsverkrijging aan als ‘gebrekkig’ en weigerde deze te beschermen. Het ging om bezit dat heimelijk, met geweld of ter bede was verkregen. De uitsluiting leidde ertoe dat een gebrekkige bezitter, zoals een precarist of een indringer, wel bezitsbescherming

¹³² ‘Dem Staate liegt nur daran, daß der Besitz gewiß und sicher sei; ob man mit Recht besitze, kann ihn weniger kümmern.’ Goethe, *Dichtung und Wahrheit*, deel III, boek 12, p. 573, Frankfurt am Main: Deutscher Klassiker Verlag 1986.

¹³³ Zie hierboven, p. 32.

¹³⁴ Van Oven 1905, p. 16.

¹³⁵ Zie hierboven, p. 25.

kon aanvragen, maar de *praetor* honoreerde die aanvraag niet wanneer zijn wederpartij aantoonde dat de aanvrager ten opzichte van hem gebrekkig bezat. De gebrekkige bezitter verloor dan zijn aanspraak op bescherming tegen de oorspronkelijke bezitter, maar niet tegen inbreuken van derden, zoals Ulpianus benadrukt wanneer hij de bewoordingen van de *exceptio vitiosae possessionis* bespreekt.¹³⁶

Hetgeen de praetor in het interdict zegt: ‘noch met geweld noch heimelijk noch ter bede ten opzichte van elkaar bezit’, heeft deze strekking dat als iemand met geweld, heimelijk of ter bede bezit en dit het geval is ten opzichte van een derde, hem dit ten voordeel strekt; indien dit echter ten opzichte van zijn tegenpartij [in het proces] het geval is, moet hij het niet van deze winnen vanwege het feit dat hij [op deze wijze] ten opzichte van hem bezit; dat soortgelijk bezit geen voordeel behoort op te leveren, is evident.¹³⁷

Het verweer van gebrekkig bezit maakt dus het belang van de handhaving van de gevestigde orde ondergeschikt aan het belang van de bezitter.

3.3.2 *De politionele verklaring en het interdict utrubi*

Aanhangers van de politionele verklaring ontleen hun argumenten eigenlijk volledig aan het interdict voor onroerende zaken, ze weten minder aan te vangen met het interdict *utrubi*. Dernburg bijvoorbeeld besteedt in zijn onderzoek over de achtergrond van het juridische bezitsbegrip slechts kort aandacht aan dit interdict.¹³⁸ Hij komt tot de negatieve slotsom dat dit interdict niet is ingevoerd vanuit een processueel doel,¹³⁹ maar is niet in staat een verklaring te geven waarop men verder bouwen kan. Hij schrijft:

¹³⁶ Het verweer van gebrekkig bezit maakte dus eigenrichting mogelijk: doordat de oorspronkelijke bezitter zich met dit verweer kon verdedigen tegen de gebrekkige bezitter kon hij hem ongestraft uit het bezit van de zaak zetten. Vgl. Zwolve 1978 (*WPNR* # 5429), p. 216.

¹³⁷ D. 43,17,3,1,9: Quod ait praetor in interdicto: ‘nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis’ hoc eo pertinent, ut, si quis possidet vi aut clam aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio, si vero ab alio, prosit ei possessio, si vero ab adversario suo, non debeat eum propter hoc quod ab eo possidet vincere; has enim possessiones non debere proficere palam est.

¹³⁸ Ook Kaser 1956 wijdt slechts een beperkt aantal pagina’s aan de bespreking van het interdict *utrubi* (p. 279 t/m 282) vergeleken met het aantal gewijd aan *uti possidetis* (p. 251 t/m 270).

¹³⁹ Dernburg 1883, p. 55-56.

In de grond van de zaak vormt het interdict een groot, historisch vraagteken. Het is onwaarschijnlijk dat de duisternis, waarmee zijn oorspronkelijke doel is omgeven, ooit volledig opgehelderd wordt.¹⁴⁰

Anders dan de processuele verklaring legt de politionele dus geen nauw verband tussen de interdicten *uti possidetis* en *utrubi*. Hiermee is niet gezegd dat aanhangers van de politionele verklaring geen overeenkomsten zien tussen de twee interdicten. Zo erkent Dernburg dat de vormgeving van beide interdicten onbetwistbaar een zekere verwantschap vertoont.¹⁴¹ Hij doelt hiermee op twee overeenkomsten: de opname van het verweer van gebrekkig bezit en het feit dat beide interdicten behoren tot categorie van de zogeheten tweezijdige interdicten, *interdicta duplicia*. De tweezijdigheid wordt door Gaius in het volgende fragment verklaard:

Dubbel zijn bijv. de interdicten ZOALS GIJLIEDEN BEZIT en BIJ WELKE VAN BEIDE PARTIJEN. Zij worden dubbel genoemd, omdat daarbij de positie van beide procesvoerende partijen gelijk is en niemand in het bijzonder als gedaagde of eiser wordt beschouwd: iedereen heeft de rol van zowel gedaagde als eiser. De praetor richt zich namelijk in gelijke bewoordingen tot beide partijen en de kern van de formulering van die interdicten luidt dan ook: ZOALS GIJLIEDEN NU BEZIT, TEGEN DAT BEZIT VAN U VERBIED IK GEWELD TE GEBRUIKEN. En bij het andere: BIJ WELKE VAN BEIDE PARTIJEN DEZE SLAAF OVER WIE GEPROCEDUREERD WORDT, HET GROOTSTE DEEL VAN HET VERSTREKEN JAAR GEWEEST IS, TEGEN ZIJN MEDENEMING DOOR DIE PARTIJ VERBIED IK GEWELD TE GEBRUIKEN.¹⁴²

Interdicten worden dus tweezijdig genoemd wanneer in hun procedure beide partijen dezelfde procespositie innemen. De procedures van *uti possidetis* en

¹⁴⁰ Dernburg 1883, p. 55: ‘Das interdictum bildet im Grunde ein großes, historisches Fragezeichen. Es ist unwahrscheinlich das Dunkel, welches über seinen ursprünglichen Zwecken liegt, jemals vollständig zu heben.’

¹⁴¹ Dernburg 1883, p. 54: ‘Eine gewisse Verwandtschaft in der Gestaltung der beiden Interdicte ist allerdings unverkennbar.’

¹⁴² Gaius 4,160: *Duplicia sunt uelut VTI POSSIDETIS interdictum et VTRVBI. Ideo autem duplicia uocantur, quod par utriusque litigatoris in his condicio est, nec quisquam praecipe reus uel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet; quippe praetor pari sermone cum utroque loquitur: nam summa conceptio eorum interdictorum haec est: VTI NVNC POSSIDETIS, QUOMINVS ITA POSSIDEATIS VIM FIERI VETO; item alterius: VTRVBI HIC HOMO DE QVO AGITVR (APVD QUEM) MAIORE PARTE HVIVS ANNI FVIT, QVOMINVS IS EVM DVCAT, VIM FIERI VETO.*

utrubi verschillen op dit punt niet van die van de *legis actio sacramento in rem*.¹⁴³

Tegenover deze twee overeenkomsten staan de verschillen die in de vorige subparagraaf al naar voren kwamen. Dat waren: het ontbreken van het woord ‘possessio’ in het interdict *utrubi*; het verschil in de beschermde rechtsobjecten, de verschillende maatstaf ter bepaling van wie als bezitter mag gelden. Een mogelijk verschil tussen beide is het verweer van gebrekkig bezit: dat was volgens Ulpianus oorspronkelijk niet opgenomen in het interdict *utrubi*, terwijl de bronnen niet buiten twijfel stellen dat dit ook het geval was bij het interdict *uti possidetis*.

Een aantal schrijvers heeft geprobeerd een specifieke verklaring te geven voor de invoering van het interdict *utrubi*. Vier theorieën worden hieronder besproken, ze zijn afkomstig van Dernburg, Cuq, Daube en Pugsley.

Dernburgs verklaring voor het interdict utrubi

Dernburg beschouwt het interdict *utrubi* als één groot vraagteken. Toch onderneemt hij een poging om het te verklaren.¹⁴⁴ Hij vermoedt, zoals hieronder nader uiteen gezet zal worden, dat het interdict is ingevoerd ter bescherming van de roerende zaken van vreemdelingen in Rome. Dernburg benadrukt echter dat dit een onbewijsbaar vermoeden betreft waarvan de publicatie onschadelijk is, omdat hij er geen verdere gevolgtrekkingen aan verbindt.

Dernburg stemt van harte in met Bruns’ omschrijving van het interdict als ‘absolute vindicatie vanwege het langere bezit van het laatste jaar’. Het interdict is volgens hem een vermenging van possessoire en petitoire elementen. Op grond van die vermenging, in combinatie met het tweezijdige karakter, duidt hij *utrubi* aan als een ‘opeising in de zin van het oude recht’. Dernburg vergelijkt het interdict met de oude *legis actio sacramento in rem*. Volgens hem komen beide opeisingen overeen op het punt dat ze ter beschikking staan aan zowel degene die zijn bezit hersteld wil zien als aan degene die het wil beschermen tegen inbreuken. Het interdict verschilt echter van de wettelijke actie omdat het niet berust op een recht in de eigenlijke zin van het woord en evenmin op het enkele bezit. Het berust op het langere bezit van het laatste jaar, en dat bezit brengt vervolgens op eigenaardige wijze een relatieve bevoegdheid voort. Op de vraag hoe de Romeinen tot deze eigenaardige opeising zijn gekomen, ziet Dernburg zich voor een raadsel geplaatst. Hij veronderstelt dat het interdict

¹⁴³ Ook daarin namen partijen een gelijkwaardige positie in, zie hierboven, p. 12. Zie voor een verdere vergelijking tussen de l.a.s.i.r. en het interdict *uti possidetis*: Kaser 1956, p. 257 e.v.

¹⁴⁴ Vergelijk voor het volgende: Dernburg 1883, p. 56-57.

destijds ingevoerd is om niet-burgers in Rome een soort van opeising te verschaffen, aangezien zij het recht ontbeerden om hun roerende zaken met een vindicatie op te eisen. Zij konden, voorzover zij hun huisraad uit het buitenland meegebracht hadden, met betrekking tot deze zaken zelden een verkrijgingstitel aantonen. Het langere bezit in het afgelopen jaar zou gediend hebben, om voor hen het vermoeden van een recht te scheppen.¹⁴⁵

Dernburgs verklaring vertoont een opmerkelijke overeenkomst met die van Hunter, die in een volgende paragraaf aan de orde gesteld zal worden.¹⁴⁶ Daarin zal ook nader ingegaan worden op Dernburgs verklaring.

Cuqs verklaring voor het interdict utrubi

Cuq behoort net als Dernburg tot de aanhangers van de politionele verklaring. Ook hij ziet de oorsprong van het interdict *uti possidetis* gelegen in het voorkomen van ongeoorloofde eigenmacht bij het bezit van grondgebied en hij wijst de processuele verklaring resoluut af.¹⁴⁷ Evenals Dernburg ziet ook Cuq geen direct verband tussen het interdict *uti possidetis* en *utrubi*. Hij betoogt, zoals hieronder uiteengezet zal worden, dat het interdict *utrubi* oorspronkelijk geen tegenhanger was van het interdict voor onroerende zaken: het zou alleen betrekking hebben gehad op slaven en niet op roerende goederen in het algemeen. Cuq dateert het interdict ergens na de tweede Punische oorlog, de oorlog die de Romeinse republiek voerde met Carthago tussen 218-201 v. Chr. Het zou ingevoerd zijn om het bezit te regelen van slaven waarvan niet vaststond wie de meester was.¹⁴⁸ Kaser merkt Cuqs verklaring aan als aannemelijk.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Dernburg 1883, p. 57: 'Fragen wir im Uebrigen, wie kamen die Römer zu der eigenthümlichen Vindikation des interdictum utrubi, so ergiebt sich eben, daß wir einem Rätsel gegenüber stehen. Wir können vermuthen, daß es seiner Zeit eingeführt wurde, um den Peregrinen in Rom, welchen eine eigentliche Vindikation ihrer Mobilien nicht zustand, eine Art von Vindikation zu geben. Sie konnten, sofern sie ihre Mobiliarhabe aus dem Auslande mitgebracht hatten, einen Erwerbstitel bezüglich derselben selten nachweisen, der längere Besitz im letzten Jahr wäre hiernach dazu bestimmt gewesen, die Präsumption eines Rechts für sie zu bilden.'

¹⁴⁶ Zie hieronder, p. 63 e.v., m.n. p. 71 e.v.

¹⁴⁷ Cuq 1894, p. 16-17: 'L'*uti possidetis* a dû être créé pour trancher les contestations auxquelles donnait lieu la possession des terres en dehors de tout débat sur la propriété. (...) Il était à craindre que les prétendants à la possession ne fussent tentés de se faire justice à eux-mêmes. C'est sans doute en raison de ces circonstances que fut créé l'*uti possidetis*.' Zie ook p. 19: 'Il [l'*utrubi*, HHR] ressemble à l'*uti possidetis* en ce que rien dans sa formule ne donne à penser qu'il ait été créé en vue de régler le rôle des parties dans le procès au pétitoire.'

¹⁴⁸ Cuq 1894, p. 21: 'L'*utrubi* eut pour fonction première de régler la situation des esclaves dont le maître était incertain.' Hij behoort tot de groep van schrijvers die het recuperatieve karakter van *utrubi* benadrukken: zie hierboven mijn noot 94.

Cuq bouwt zijn betoog op aan de hand van vijf constatering.

Ten eerste ontkent Cuq dat het interdict *utrubi* een algemene strekking had: het zou alleen van toepassing zijn op slaven. Cuq leidt dit af uit de bewoordingen van het interdict, die ons zijn overgeleverd door Ulpianus en Gaius, en die enkel en alleen zien op het geval van een slaaf.¹⁵⁰ Beide bewijsplaatsen zijn hierboven al weergegeven.¹⁵¹

Ten tweede kent Cuq groot gewicht toe aan het feit dat het interdict in het eeuwig Edict niet geplaatst is náást het interdict *uti possidetis*, maar achter interdicten als ‘aangaande de productie van een vrije man’, *de homine libero exhibendo*¹⁵²; ‘aangaande de productie en het met zich meenemen van kinderen’ *de liberis exhibendis item ducendis*¹⁵³ en het interdict ‘aangaande de productie van een vrijgelatene’, *de liberto exhibendo*.¹⁵⁴ Cuq gaat zelfs zo ver dat hij het interdict een eigen naam geeft die aansluit bij het wegleiden, waarvan ook in deze interdicten sprake was: het interdict *utrubi* was oorspronkelijk een interdict betreffende het wegleiden van slaven, l’*utrubi* était primitivement un interdit *de servo ducendo*.¹⁵⁵

Ten derde beklemtoont Cuq de veelheid van interdicten die betrekking hebben op roerende zaken: hij noemt de interdicten ‘aangaande het rapen van eikels’¹⁵⁶, *de glande legenda*; ‘aangaande het weggerukte’¹⁵⁷, *de avulsis*; ‘aangaande het meenemen van schatten’¹⁵⁸, *de thesauro tollendo*; ‘aangaande verhuizing’¹⁵⁹, *de migrando*. In dit grote aantal interdicten, met een inhoud die volgens Cuq verbonden had kunnen worden aan één algemeen interdict voor het behoud of terugvragen van het bezit van roerende zaken, ziet Cuq het bewijs dat in het

¹⁴⁹ Kaser 1956, p. 282: ‘Derartige Erwägungen mögen in der Tat die Schöpfung unseres Interdikts veranlaßt haben, gleichgültig ob der Anstoß gerade vom 2. punischen Krieg oder anderen Ereignissen des unruhigen 3. Jhdts. ausgegangen ist.’

¹⁵⁰ Cuq 1894, p. 19: ‘Sa formule [l’*uti possidetis*, *HHR*] vise uniquement le cas d’un esclave [verwijzing naar D.43,31,1 en Gaius 4,160, *HHR*], et il y a tout lieu de croire qu’il n’eût pas, sous la République, d’autre application.’

¹⁵¹ Zie voor D. 43,31,1 mijn noot 86; voor Gaius 4,160 mijn noot 142.

¹⁵² Zie D. 43,29,1.

¹⁵³ Zie D. 43,30,1.

¹⁵⁴ Cuq 1894, p. 19-20: ‘Aussi, dans l’Édit est-il classé non pas à côté de l’*uti possidetis*, mais à la suite des interdits *de homine libero exhibendo*, *de liberis exhibendis item ducendis*, *de liberto exhibendo*.’

¹⁵⁵ Cuq 1894, p. 19.

¹⁵⁶ Zie D. 43,28,1. Zie over deze bepaling ook hieronder p. 48.

¹⁵⁷ Dit interdict wordt genoemd in D. 39,2,9,1 (zie mijn noot 194).

¹⁵⁸ Dit interdict wordt genoemd in D. 10,4,15 (zie mijn noot 196).

¹⁵⁹ Zie D. 43,32,1 (zie mijn noot 187).

tijdvak waarin deze interdicten voor het eerst werden uitgevaardigd het begrip ‘bezit van roerende zaken’ in de juridische geest nog niet gevormd was.¹⁶⁰

Ten vierde stelt Cuq vast dat de bewoordingen van het interdict *utrubi* het woord ‘bezit’ niet bevatten.¹⁶¹ Het behoort daardoor volgens hem tot een groep waartoe ook de daarvoor door hem aangehaalde interdicten behoren: deze groep zou niet het bezit van de zaak als voorwerp hebben, maar de zaak zelf.¹⁶² Hij komt tot de slotsom dat de Romeinse juristen gedurende lange tijd het bezit van een zaak hebben hebben verward met de zaak zelf.¹⁶³

Tenslotte wijst Cuq op het verschil in werking tussen het interdict *utrubi* en andere, door hem genoemde interdicten over roerende zaken. Het interdict *utrubi* is bijzonder omdat de *praetor* niet de huidige meester van de slaaf beschermt, maar als winnaar diegene aanwijst die de slaaf langer dan zijn tegenstander in het voorafgaande jaar onder zich heeft gehad.¹⁶⁴ Cuq meent het interdict te kunnen dateren vlak voor de totstandkoming van het toneelspel *Stichus* van de schrijver Plautus, dat hij zelf dateert ergens tussen 188 en 183 voor het begin van onze jaartelling.¹⁶⁵ Plautus zou in zijn komedies graag recente juridische voorschriften verwerken en *Stichus* zou een toespeling op het interdict

¹⁶⁰ Cuq 1894, p. 20: ‘La multiplicité de ces interdits mobiliers qui, à la rigueur, auraient pu être rattachés à un interdit général *retinendae* ou *recuperandae possessionis* prouve qu’à la époque où ils furent créés, la notion de la possession des meubles n’était pas encore formée dans l’esprit des jurisconsultes.’

¹⁶¹ Zie ook hierboven, p. 26.

¹⁶² Cuq 1894, p. 20: ‘La formule de l’*utrubi* ne contient pas le mot possession; les autres interdits ont également pour objet, non la possession, mais la chose.’ In een noot verwijst Cuq naar Jhering 1869, p. 70, die kritiek uitoefent op Savigny’s indeling van bezitsinterdicten en bijvoorbeeld het interdict *de glande legenda*, een interdict dat behoort tot de interdicten tot verkrijging van bezit, *interdicta adipiscendiae possessionis*, en toegepast wordt bij op het erf van de buurman gevallen eikels, niet wil beschouwen als bezitsinterdict, omdat het behoort tot een groep van interdicten die ‘nicht die “possessio”, sondern die “res” d.h. nicht das interimistische, provisorische, sondern das definitive Haben der Sache zum Gegenstand haben.’ Om misverstanden te voorkomen vermeld ik dat Jhering het interdict *utrubi* rangschikt onder de categorie interdicten tot behoud van bezit, *interdicta retinendae possessionis*, en het wel degelijk vond behoren tot de groep van interdicten die bezit als voorwerp hadden, zie Jhering 1869, p. 72 e.v.

¹⁶³ Cuq 1894, p. 20: ‘Or, nous verrons, que pendant longtemps, les Romains ont confondu la possession avec son objet.’

¹⁶⁴ Cuq 1894, p. 20: ‘L’*utrubi*, dans son application primitive, diffère de quelques-uns des interdits mobiliers que j’ai cités, en ce que le Préteur ne se préoccupe pas de protéger le maître de l’esclave: celui-là obtient gain de cause qui a possédé (*sic*) l’esclave plus longtemps que l’adversaire dans l’année qui précède l’émission de l’interdit.’

¹⁶⁵ Volgens Petersmann 1973, p. 15 staat vast dat de eerste uitvoering van het toneelstuk plaatsvond in de plebejische spelen van het jaar 200 v. Chr. Indien het stuk inderdaad een verwijzing bevat naar het interdict *utrubi*, dan zou dit betekenen dat het interdict al in dit tijdstip bekend was.

bevatten.¹⁶⁶ Deze datering stelt Cuq in staat te veronderstellen dat de *praetor* het interdict heeft uitgevaardigd vanwege de chaos van de tweede Punische oorlog. In die oorlog veroverden Romeinen en Carthagers over en weer veel steden waarvan de inwoners werden verkocht als slaven, terwijl de slaven die zij zelf bezaten over alle windrichtingen verspreid raakten. Rond deze tijd werd in Rome de wet Fabia over mensenroof, *de plagiariis*, aangenomen, die bepalingen bevatte over de invrijheidstelling van onterecht als slaaf gehouden inwoners en over de terugkeer van de slaven naar het huis van hun meester.¹⁶⁷ Maar de wet zag slechts op degene die de slaaf te kwader trouw hield en omdat dat moeilijk te bewijzen was zouden er conflicten zijn ontstaan. De *praetor* loste deze conflicten op door zijn bescherming te beloven aan degene die de slaaf het langst had gehad in het afgelopen jaar.¹⁶⁸

De invoering van het interdict *utrubi* zou volgens Cuq dus te danken zijn aan de wens om een regeling te treffen voor slaven waarvan de meester onzeker was. De *praetor* maakte de rechtspolitieke keuze voor degene die de slaaf het langst had gehad omdat het voor deze persoon vaak moeilijk te bewijzen was dat hij eigenaar was.¹⁶⁹ Maar het interdict vervulde volgens Cuq nog een tweede

¹⁶⁶ Cuq 1894, p. 20-21 geeft geen bewijsplaatsen, maar het draait om de regels 696 en 750 van het stuk. Plautus speelt daar met het woord *utrubi*, dat is samengesteld uit de woorden *uter*, 'wie' en *ubi*, 'waar'. Hij gebruikt het in de tekst om zowel een persoon als een locatie aan te duiden. De regels scharmieren om de vraag welke van twee minnaars een slavinnetje aan de ander moest overlaten. Het juridisch karakter van de grap zou eruit bestaan dat zij helemaal niet bij één van beide terecht kwam zoals de slaaf waarover een interdictenprocedure werd gevoerd, maar, tot vermaak van de toeschouwers, aan hen beide wilde toebehoren. Civielrechtelijk was dit overigens onmogelijk omdat beide minnaars slaven waren en op grond van hun status überhaupt niets konden bezitten, laat staan bezit delen, *compossessio plurium in solidum* (D. 41,2,3,5, zie noot 107). Verder zou het op de lachspieren van de toeschouwers gewerkt hebben om te zien hoe de slaven de plechtige juridische formules van hun meesters imiteerden. Niet alle schrijvers zijn het er echter over eens dat Plautus hier een grap met een juridisch karakter maakt: bijv. Watson 1968, p. 86 e.v. verzet zich hiertegen. Zie ook Kaser 1956, p. 281.

¹⁶⁷ Zie over deze wet *Mosaicarum et Romanorum legum collatio* (*Coll. leg. mos.*), titel XIV.

¹⁶⁸ Cuq 1894, p. 21: 'La loi Fabia *De plagiariis* édicta des mesures pour rendre la liberté aux citoyens injustement détenues et pour faire rentrer les esclaves dans la maison de leur ancien maître. Mais la loi ne pouvait viser que celui qui retenait l'esclave de mauvaise foi [verwijzing naar *Coll. leg. mos.* XIV,3,5, *HHR*]. Or, la mauvaise foi n'était pas facile à prouver. Comment régler le conflit entre deux personnes prétendant avoir le droit, l'une de garder, l'autre de emmener l'esclave? Le Préteur promit sa protection à celle qui avait eu l'esclave plus longtemps dans la dernière année.'

¹⁶⁹ Cuq 1894, p. 21: 'On ne voulait pas dépouiller celui qui, dans la dernière année, avait gardé chez lui l'esclave plus longtemps que l'adversaire. Celui-ci, sans doute, pouvait demander à prouver qu'il était propriétaire de l'esclave, mais, aux époques troublées, la preuve devait être souvent difficile.'

functie: het opeisen van gevluchte slaven. Het was onmogelijk dit doel te bereiken door het interdict *uti possidetis* te verruimen omdat men het begrip ‘bezit’ nog steeds eng opvatte, d.w.z. uitsluitend van toepassing achtte op grondgebied.¹⁷⁰ Bovendien zou volgens Cuq het gebruik tot een onrechtvaardige situatie geleid hebben: het zou de huidige bezitter van een dergelijke slaaf aanmerken als gedaagde zodat hij het processuele voordeel zou hebben genoten.¹⁷¹ Het interdict *utrubi* bood een sneller en simpeler alternatief.

Welke waarde moeten we aan Cuqs theorie toekennen? Hieronder worden zijn conclusies aan nader onderzoek onderworpen.

Cuq ontkent dat het interdict *utrubi* een algemene strekking had. Hij leidt dit af uit de bewoordingen van het interdict, die ons zijn overgeleverd door Ulpianus en Gaius, en die enkel en alleen zien op het geval van een slaaf. Bij deze conclusie kunnen twee kanttekeningen geplaatst worden.

In de eerste plaats is het opmerkelijk dat Cuq hier zoveel gewicht toekent aan teksten van deze schrijvers over het oude recht, terwijl hij in zijn opstel eerder, weliswaar in een ander verband, de juistheid van hun uitspraken over dit recht in twijfel trok: *Ces textes indiquent-ils la cause qui, plusieurs siècles avant Gaius et Ulpian, fit pour la première fois proposer les interdicts retinendae possessionis?*¹⁷²

Van groter belang lijkt dat Cuq geen melding maakt van een tekst van Gaius, waarin die het interdict *utrubi* een ruimere strekking toeschrijft. Gaius schrijft namelijk dat het interdict *utrubi* toegepast wordt bij *res mobilia*, d.w.z. roerende zaken.¹⁷³ Nu zou men hier tegenin kunnen brengen dat de toepassing van het interdict op niet-slaven later tot stand is gekomen doordat men op een zeker ogenblik het woord ‘slaaf’ ruimer ging interpreteren.¹⁷⁴ Maar Gaius maakt geen gewag van een dergelijke herinterpretatie, integendeel: hij acht zijn uitleg eigenlijk overbodig omdat de bewoordingen van de interdicten zelf duidelijk

¹⁷⁰ Zie hierboven noot 147.

¹⁷¹ Cuq 1894, p. 21: ‘D’autre part, il eût été inique de forcer le maître à agir en revendication et le possesseur actuel à défendre à cette action [l’*uti possidetis*, HHR].

¹⁷² Cuq 1894, p. 11-12. In hetzelfde nummer geeft Cuq aan dat de heersende leer deze vraag bevestigend beantwoordt, maar op p. 16 (nrs. 9 *in fine* & 10) blijkt dat hij de heersende leer niet aanhangt.

¹⁷³ Zie Gaius 4,149: ‘Et quidem VTI POSSIDETIS interdictum de fundi uel aedium possessione redditur, VTRVBI uero de rerum mobilium possessione.’ Zie ook 4,150: ‘(...) si uero de re mobili, eum potius esse iubet, qui maiore parte eius anni nec ui nec clam nec precario ad aduersario possederit, idque satis ipsis uerbis interdictorum significatur.’

¹⁷⁴ Cuq 1894, p. 22: ‘L’extension de l’*utrubi* aux meubles autres qu les esclaves fut admise, au plus tard, au milieu du premier siècle. Deux textes, l’un du temps de Néron [Petronius, *Satiricon* 13, HHR], l’autre du temps de Vespasien [Pegasus volgens Ulpianus in D. 6,1,9, HHR] en fournissent la preuve.’

genoeg zijn, *idque satis uerbis interdictorum significatur*. Op basis van deze tekst lijkt het zeker verdedigbaar om te stellen dat het woord ‘slaaf’ in het archaïsche ambtsbevel als deel van het geheel, *pars pro toto*, symbool staat voor alle roerende zaken.¹⁷⁵ Het gebeurde vaker dat de *praetor* in een interdict een concrete uitbeelding opnam ter aanduiding van een groter geheel: zo heeft hij een interdict uitgevaardigd dat vanwege zijn bewoordingen wordt aangeduid als ‘aangaande het rapen van eikels’, *de glande legenda*.¹⁷⁶ Dat interdict ziet, anders dan zijn bewoordingen aangeven, niet alleen op eikels: het gebruikt het woord ‘eikel’ als symbool voor alle boomvruchten.¹⁷⁷ En het op deze wijze formuleren van bevelen kent een lange geschiedenis: de *praetor* kon aansluiten bij de traditie van de wetgeving van de XII Tafelen. Men kan het interdict aangaande eikels namelijk beschouwen als een later totstandgekomen *lex specialis* ten opzichte van een algemenere bepaling uit de XII Tafelen over het recht van het oppakken van op het erf van de buurman gevallen eikels: de *praetor* beperkte dit recht in het interdict namelijk tot elke andere dag, *tertio quoque die*.¹⁷⁸ En ook in de oorspronkelijke regeling zou het woord ‘eikels’ een ruimere strekking hebben: in de literatuur wordt, onder verwijzing naar een tekst van Gaius over de uitleg van de wetten van de Twaalf Tafelen¹⁷⁹, aangenomen dat het woord ‘eikels’ ook in deze wet al als verzamelbegrip gebruikt werd voor boomvruchten.¹⁸⁰ Nu wordt de slaaf door Gaius vaak als standaardvoorbeeld gebruikt in

¹⁷⁵ Zoals bijvoorbeeld wordt beweerd door aanhangers van de processuele verklaring.

¹⁷⁶ D. 43,28,1: ULPIANUS, Het Edict LXXI. De *praetor* zegt: ‘aangaande de eikels die van de akker van de eiser op de uwe vallen, verbied ik dat geweld wordt gebruikt dat erop gericht is dat het de eiser niet vrijstaat deze iedere derde dag te rapen en mee te nemen’. ULPIANUS *libro septuagesimo primo ad edictum*. *Ait praetor: ‘Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto.’*

¹⁷⁷ Zie D. 43,28,1,1: Onder de aanduiding ‘eikels’ vallen alle vruchten. *I. Glandis nomine omnes fructus continentur*. Zie ook D. 50,16,236,1 (aangehaald in mijn noot 179).

¹⁷⁸ Zie over deze bepaling: Johnson/Coleman-Norton/Bourne 1961, p. 11 (VII, 10); Flach 1994, p. 164 (zie noot 180); Flach 2004, p. 125-126. Crawford 1996 (II), p. 682 hecht geen waarde aan Plinius maior (*Naturalis Historia*, XVI,5,15: *Cautum est praetera lege XII tabularum, ut glandem in alienum fundum procidentem liceret colligere*) en ontkent het bestaan van een dergelijke bepaling. Overigens heeft Crawford ook D. 50,16,236,1 niet opgenomen als brontekst.

¹⁷⁹ D.50,16,236,1 [Gaius, *De Wet der Twaalf Tafelen IV, HHR*]: Naar Javolenus zegt, vallen onder de benaming ‘boomvruchten’ [de letterlijke betekenis van *glans* is eikel, *HHR*] alle vruchten, dit naar het voorbeeld van het Grieks, waarin alle soorten bomen ‘vruchtbomen’ (*akodrya*) worden genoemd. *‘Glandis appellatione omnis fructus continetur, ut Iavolenus ait, exemplo Graeci sermonis, apud quos omnes arborum species ἀκρόδρυα appellantur.*

¹⁸⁰ Vergelijk Flach 1994, p. 164 (met lit. opg.): ‘Nicht nur Eicheln, sondern überhaupt alle Baumfrüchte, die auf ein fremdes Grundstück gefallen waren, durfte nach den Zwölf Tafeln der Grundeigentümer, dem die Bäume gehörten, auf dem Nachbargelände auflesen. Dem Älteren Plinius war entgangen, daß das Wort *glans* im Zwölf Tafelgesetz als

zijn weergave van de bewoordingen van rechtsmiddelen van het Romeinse recht met betrekking tot ‘beweegbare en zichzelf bewegende zaken, als zij maar naar de plaats gebracht of gevoerd konden worden waar de ambtsdrager zich ophield’, *mobilia et mouentia*,¹⁸¹ *quae modo in ius adferri adduciue possent*, kortweg: bij roerende zaken. We kwamen hiervan al een voorbeeld tegen bij Gaius’ beschrijving van de *legis actio sacramento in rem*, waarin hij voor roerende zaken het voorbeeld van de slaaf gebruikte, *uelut hominem*.¹⁸² Dit was ook het geval in zijn behandeling van de bewoordingen van de vormelijke belofte, de *sponsio*.¹⁸³ Het voorbeeld van de slaaf duikt verder op in Gaius’ behandeling van de zogeheten Publiciaanse actie, *actio Publiciana*.¹⁸⁴ Wanneer Gaius de eigendomsoverdracht door middel van de zogeheten *mancipatio* uiteenzet, gebruikt hij een slaaf als voorbeeld.¹⁸⁵ Ook wanneer Gaius een juridisch-technische bespreking geeft van de bestanddelen waaruit de *formula* bestaat, gebruikt hij bij de zogeheten *demonstratio*, *intentio* en *condemnatio* drie keer het voorbeeld van de slaaf.¹⁸⁶ In al deze gevallen lijkt de slaaf een soort standaardvoorbeeld van een roerende zaak. Maar er bestaat zelfs een interdict waarin de *praetor* in zijn bewoordingen een slaaf gebruikt als voorbeeld voor roerende zaken. Hij doet dat in het interdict aangaande verhuizing, *de migrando*, waarvan ons Ulpianus de bewoordingen overleverde:

D. 43,32,1. Ulpianus, Het Edict LXXIII. De praetor zegt: ‘Als de slaaf over wie het geschil gaat, niet behoort tot de zaken waarvan tussen u en de eiser overeengekomen is dat al hetgeen [daarvan] in die woning, waarover het gaat, is binnen-

Sammelbegriff verwandt wurde. Diese Erkenntnis setzte sich erst durch, seitdem Iavolenus, das Schulhaupt der Sabinier zur Zeit der Kaiser Trajan und Hadrian, klar-gestellt hatte, daß es im vorliegenden Fall jede Fruchtart umfaßte. Später wurde der Grundsatz, daß der Grundeigentümer die Früchte seines Baumbestands auf dem Boden einsammeln durfte, auf dem er sie liegen sah, durch die Rechtsprechung des Stadt-prätors bekräftigt. (...) Doch schränkte er das Ernterecht des Baumbesitzers darauf ein, daß er das Nachbargrundstück nur ‘einen um den anderen Tag’, *tertio quoque die*, zu diesem Zweck betreten durfte.’; Johnson/Coleman-Norton/Bourne 1961, p. 15 (noot 64): Since collection of acorns (glandes) is not of sufficient importance to warrant special provisions, though acorns commonly were collected and were fed to livestock (especially to swine), the meaning of glans probably was extended to any acorn-shaped nut and then to any kind of fruit (*Dig.* 50,16,236,1).’ Zie verder ook Gaius 4,11, die voor het oude recht het belang benadrukt van het noemen van het juiste, in het wetsvoorschrift genoemde, symbool voor het geheel: ‘bomen’ in plaats van ‘wijnstokken’.

¹⁸¹

¹⁸²

¹⁸³

¹⁸⁴

¹⁸⁵

¹⁸⁶

Celsus ziet de termen *moventium* en *mobilia* als onderling uitwisselbaar (D. 50,16,93).

Gaius 4,16: zie hierboven mijn noot 35.

Gaius 4,93: zie hierboven mijn noot 50.

Gaius 4,36. Zie ook hieronder mijn noten 236 en 286.

Gaius 1,119.

Gaius 4,40 (inbewaringgeving); 4,41 (quiritisch eigendom); 4,48 (‘beweeglijke lichamelijke zaak’).

gebracht, binnengedragen, daar is geboren of gemaakt, u tot pand zou dienen voor de huurpenningen van die woning, of als hij wel tot die zaken behoort en de huurpenningen wel aan u zijn betaald of u te dier zake zekerheid is gesteld of als het aan u ligt dat er niet is betaald, in dat geval verbied ik dat geweld wordt gebruikt dat erop gericht is dat het degene die [als huurder] hem als pand heeft binnengebracht niet vrijstaat hem vandaar weg te voeren'.¹⁸⁷

Dit interdict ziet op de situatie waarin een huurder en een huurbaas overeengekomen zijn dat als onderpand voor de huurpenningen zouden dienen alle zaken die door de huurder het pand zijn binnengebracht, binnengedragen, er geboren of gemaakt werden. Vervolgens ontstaat er een geschil over de slaaf wanneer de huurbaas zijn retentierecht wil invoeren. De *praetor* geeft aan de huurder te beschermen in de volgende vier situaties: 1. de slaaf maakt geen deel uit van de overeenkomst, bijvoorbeeld doordat ten aanzien van hem een voorbehoud is gemaakt. 2. de slaaf maakt wel deel uit van de overeenkomst, maar de huurpenningen zijn al betaald zodat de grondslag van het retentierecht is komen te vervallen. 3. de slaaf maakt wel deel uit van de overeenkomst, maar er is op andere wijze zekerheid gesteld voor betaling van de huurpenningen zodat de grondslag van het retentierecht is komen te vervallen. 4. de slaaf maakt wel deel uit van de overeenkomst, maar de verhuurder heeft zijn retentierecht verloren doordat het aan hem te wijten was dat de huurder niet kon betalen. In al deze gevallen verbiedt de *praetor* het gebruik van geweld tegen de huurder wanneer die de slaaf weg wil voeren. Het lijkt me moeilijk te weerleggen dat de *praetor* in dit interdict het woord 'slaaf' gebruikt als voorbeeld voor alle zaken die in een woning kunnen worden binnengebracht, binnengedragen, geboren worden of er zijn gemaakt, m.a.w. als voorbeeld van een roerende zaak.¹⁸⁸ Men zou eenzelfde ruime lezing kunnen geven aan het woord 'slaaf' in het interdict

¹⁸⁷ D. 43,32,1. ULPIANUS libro septuagensimo tertio ad edictum. Praetor ait: 'Si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, de quibus inter te et actorem convenit, ut, quae in eam habitationem qua de agitur introducta importata ibi nata factae essent, ea pignori tibi pro mercede eius habitationis essent, sive ex his rebus est et ea merces tibi solute eo nomine satisfactum est aut per te stat, quo minus solvatur: ita, quo minus ei, qui eum pignoris nomine induxit, inde abducere liceat, vim fieri veto'.

¹⁸⁸ In dezelfde zin: Berger *RE* 9, 1645 (s.v. *Interdictum*): 'Das I. bezieht sich auf die Wohnungsmiete und zwar auf den Fall, daß der Mieter umziehen will, vom Vermieter aber gehindert wird, die Wohnungseinrichtung bzw. das in der Wohnung befindliche Mobiliar (wozu auch die Sklaven gehören, wie das I.-Schema zeigt, das gerade auf den Sklaven abgestellt ist) fortzuschaffen, da der Vermieter Mietzinsansprüche stellt und zu deren Sicherstellung die Sachen des Vermieters festhalten will.'; Kreller 1944, p. 318: 'Das Anwendungsgebiet des interdictum de migrando (interdicto locus erit) ist also dadurch bestimmt, daß jemand einen konkreten Gegenstand (nach dem Musterformular einen Sklaven) als Pfand eingebracht hat (pignoris nomine induxit oder introduxit).'

utrubi. Cuq heeft dit verband niet gelegd en evenmin bespreekt hij de plaatsen waarin Gaius het woord gebruikt als verzamelbegrip voor roerende zaken. Mijns inziens doet dit sterk afbreuk aan de overtuigingskracht van Cuqs conclusie dat het interdict *utrubi* alleen ziet op slaven.

Ik stelde verder vast dat Cuq veel gewicht toekende aan het feit dat het interdict *utrubi* in het eeuwig Edict niet is geplaatst náást het interdict *uti possidetis*, maar achter een aantal andere interdicten. Het is duidelijk dat zijn betoog uitgaat van de stilzwijgende premisse dat de indeling van het Edict eist dat bepalingen over roerende zaken steeds geplaatst dienen te worden naast die over onroerende zaken. Een nadere motivering van deze premisse is misschien op zijn plaats. Verder valt op dat Cuq een bronvermelding achterwege laat wanneer hij een aantal interdicten aanwijst dat in het Edict van de *praetor* aan *utrubi* voorafgaat. Hierdoor wekt hij de indruk ze te rangschikken overeenkomstig een eigen indeling. Maar er bestaan ook andere indelingen en daarbij valt met name te wijzen op die van Lenel, die als gezaghebbendste geldt.¹⁸⁹ Lenels indeling wijkt af van die van Cuq. Om de vergelijking tussen beide indelingen te vergemakkelijken, is hieronder een vereenvoudigd overzicht opgenomen van Lenels rangschikking van de interdicten met betrekking tot private zaken in het *Edictum perpetuum*.

¹⁸⁹ Lenel 1927 (3^e druk), zie voor het Edict p. XVI e.v. en voor de interdicten p. 45 e.v.

**Overzicht 1. Vereenvoudigd overzicht van Lenel's rangschikking van de
interdicta de rebus priuatis in het *Edictum perpetuum*:**

- I. De rebus soli
 - A. De praedis
 - 1. Recuperandae possessionis: Unde ui.
 - 2. Adipiscendae possessionis: Ne uis fiat ei, qui damni infecti in possessionem missus erit.
 - 3. Retinendae possessionis: *Uti possidetis*.
 - 4. Tam adipiscendae quam recuperandae possessionis: Quem fundum; quem usufructum.
 - B. (...)
- II. De rebus mobilibus
 - A. De hominibus liberis:
 - 1. De homine libero exhibendo
 - 2. De liberis exhibendis, item ducendis;
 - 3. De liberto exhibendo
 - B. De seruis et ceteris rebus
 - 1. *Generale de possessione: Utrubi*
 - 2. *Specialia*: (...)

Lenel onderscheidt in de categorie van interdicten met betrekking tot private zaken, *de rebus priuatis*, twee hoofdgroepen: *I. de rebus soli*, d.w.z. aangaande grondgerelateerde zaken en *II. de rebus mobilibus*, d.w.z. aangaande roerende zaken. Categorie II bestaat volgens Lenel op haar beurt uit twee subcategorieën: *A. de hominibus liberis*, d.w.z. aangaande vrije mensen, en *B. de servis et ceteris rebus*, d.w.z. aangaande slaven en andere zaken. Lenel plaatst het interdict *utrubi* in de tweede subcategorie, waar het het enige interdict is van de groep 'algemeen aangaande bezit', *Generale de possessione*.¹⁹⁰ Lenels reconstructie benadrukt dus niet alleen het algemene karakter van het interdict, maar ook dat het gericht is op bezit. Dat laatste viel te verwachten, omdat de reconstructie is gebaseerd op het Edict zoals dat is vastgelegd door Julianus ten tijde van keizer Hadrianus.¹⁹¹ Volgens Cuq is het interdict al voor deze tijd veralgemeniseerd.¹⁹²

Cuq hecht er veel waarde aan dat het interdict *utrubi* niet naast het interdict *uti possidetis* geplaatst was, maar na een aantal andere interdicten, zoals dat van

¹⁹⁰ Lenel 1927, p. 46. De tweede groep bestaat uit speciale interdicten, *Specialia* (*a. de pignoribus*, *b. de rebus in fraudem creditorum alienatis*). Volledigheidshalve vermeld ik dat Lenels indeling van de interdicten met betrekking tot private zaken in de derde druk niet afwijkt van die van de eerste druk (Lenel 1883, p. 36).

¹⁹¹ Zie hierboven, p. 6.

¹⁹² Zie hierboven mijn noot 174.

de liberis ducendis, over het wegleiden van kinderen.¹⁹³ Lenels indeling komt hiermee overeen, maar Lenel legt een geheel ander accent: hij classificeert beide als betrekking hebbend op roerende zaken, *de rebus mobilibus*, maar hij plaatst *de liberis ducendis* en de overige door Cuq aangehaalde interdicten in de eerste subcategorie, *A. de hominibus liberis* en het *interdictum utrubi* in de tweede: *B. de servis et ceteris rebus*. Wanneer hetzelfde materiaal aanleiding tot zulke verschillende uitkomsten kan geven, dan lijkt reden te bestaan om terughoudendheid te betrachten bij dat deel van Cuqs argumenten dat is ontleend aan de indeling van het Edict.

Verder toont volgens Cuq de veelheid van interdicten op het gebied van roerende zaken aan dat in het tijdvak waarin deze interdicten voor het eerst werden uitgevaardigd de notie van ‘bezit van roerende zaken’ in de juridische geest nog geen vorm gekregen had. Dit grote aantal interdicten – Cuq noemt er vier – zou volgens hem vervangbaar zijn door één algemeen interdict voor het behouden of verkrijgen van bezit. Van de vier door Cuq aangehaalde interdicten ontbreken er twee in Lenels uitgave van het Edict van de *praetor*.

Het interdict ‘aangaande het weggerukte’, *de avulsis*, lijkt een eenmalig bevel te zijn geweest, uitgevaardigd in verband met de ordehandhavende taak van de *praetor*. Wellicht heeft Lenel dit interdict niet opgenomen in zijn reconstructie omdat Trebatius in de volgende bewijsplaats niet verwijst naar een interdict uit het Edict: hij put uit zijn geheugen.

De vraag rijst of er een interdict kan worden verleend ter zake van voorwerpen die door de stroming van een rivier zijn aangevoerd. Trebatius memoreert dat toen de Tiber buiten zijn oevers getreden was en talloze voorwerpen van vele eigenaren tegen aan anderen toebehorende huizen geslagen had, door de praetor een interdict is verleend, inhoudende dat men tegen de eigenaren geen geweld mocht gebruiken om hun te beletten hun eigendommen weg te halen en af te voeren, mits zij de enkele garantiebepaling wegens toegebrachte schade zouden afleggen.¹⁹⁴

Dit fragment, waarin een herinnering aan een interdict wordt beschreven, is geplaatst in de titel over dreigende schade, *de damno infecto*, en we zullen het in deze samenhang moeten lezen. Het doel ervan was niet hetzelfde als dat van *utrubi*: het betrof geen strijd tussen twee partijen over de vraag aan wie een bepaalde zaak toebehoorde. Het interdict ziet op het geval waarin een partij niet pretendeerde dat de zaak hem toebehoorde, maar er een retentierecht op wilde

¹⁹³ Zie hierboven, p. 44. Vgl. ook Cuq 1904 (I), p. 282: ‘C’est un interdit *de servo ducendo* comme l’interdit *de liberis ducendis*, à la suite duquel il figure dans l’édit.’

¹⁹⁴ D. 39,2,9,1: De his autem, quae vi fluminis importata sunt, an interdictum dari posit, quaeritur. Trebatius refert, cum Tiberis abundasset et res multas multorum in aliena aedificia detulisset, interdictum a praetore datum, ne vis fieret dominis, quo minus sua tollerent auferrent, si modo damni infecti repromitterent.

uitoefenen om zijn schade te verhalen. Ik volg Cuq dan ook niet in zijn betoog dat dit interdict vervangen had kunnen worden door een algemeen bezitsinterdict met betrekking tot behoud of herkrijging van roerende zaken. Evenmin acht ik dat mogelijk voor het door Cuq aangehaalde interdict ‘aangaande het meenemen van schatten’, *de thesauro tollendo*.

DEZELFDE, Op Sabinus XVIII. Een mij toebehorende schat (sic) ¹⁹⁵ ligt in uw grond, en u laat niet toe dat ik hem opgraaf. Als u de schat niet van de plek verwijderd, kan ik te dier zake de diefstalactie of de actie tot productie niet rechtsgeldig instellen, zegt Labeo: u had hem immers niet in bezit en hebt niet opzettelijk bewerkstelligd dat u niet langer bezitter bent, temeer waar het zou kunnen gebeuren dat u werkelijk niet weet dat die schat zich in uw grond bevindt. Maar als ik onder ede verklaar dat ik dit verzoek in rechte niet met chicaneuze bedoelingen doe, is het, naar hij zegt, niet onbillijk dat mij een interdict of actie verleend wordt met een dusdanige strekking, dat u mij niet met geweld kunt beletten mijn schat op te graven, op te pakken en weg te voeren, vooropgesteld dat het niet aan mij lag dat u voor de uit hoofde van de werkzaamheden dreigende schade geen garantie wordt gegeven. Maar als die schat van diefstal afkomstig is, kan ook met de diefstalactie worden geprocedeerd. ¹⁹⁶

Dit interdict draait evenmin om een bezitstvist over een roerende zaak: centraal staat de schadevergoeding voor graafwerkzaamheden in de grond van een ander.

¹⁹⁵ Met een beroep op Paulus' definitie van schat in D. 41,1,31,1, kan men overigens betogen dat er in deze casus helemaal geen sprake is van een 'schat': 'Een schat is lang geleden weggeborgen geld waaraan geen herinnering meer bestaat, zodat het nu geen eigenaar meer heeft. Zo wordt het dan ook eigendom van degene die het heeft gevonden, omdat het niet van iemand anders is. In andere gevallen, als iemand uit zucht naar gewin, uit vrees of ter beveiliging iets onder de grond heeft verborgen, gaat het niet om een 'schat; met betrekking daartoe kan men zelfs diefstal plegen.' *Thensaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominium non habeat: sic enim fit eius qui invenerit, quod non alterius sit. alioquin si quis aliquid vel lucri casa vel metus vel custodiae condiderit sub terra, non est thensaurus: cuius etiam furtum fit.* Savigny 1865, p. 230 (noot 2) constateert dan ook droogjes ten aanzien van de in het fragment gebruikte uitdrukking 'van mij', *meus*: 'Hier ist also nicht von einem solchen thesaurus die Rede, wie bei dem Erwerb des Eigenthums.'

¹⁹⁶ D. 10,4,15: IDEM, libro octavo decimo ad Sabinum. *Thensaurus meus in tuo fundo est nec eum pateris me effodere: cum eum loco non moveris, furti quidem aut ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me Labeo ait, quia neque possideres eum neque dolo feceris quo minus possideres, utpote cum fieri possit, ut nescias eum thensaurum in tuo fundo esse. non esse autem iniquum iuranti mihi non calumniae causa id postulare vel interdictum vel iudicium ita dari, ut, si per me non stetit, quo minus damni infecti tibi operis nomine caveatur, ne vim facias mihi, quo minus eum thensaurum effodiam tollam exportem. quod si etiam furtivus iste thensaurus est, etiam furti agi potest.*

Het interdict in het fragment lijkt bovendien hypothetisch. Die mogelijkheid zou overigens ook verklaren waarom Lenel het niet heeft opgenomen in zijn reconstructie van het Edict.

De andere twee door Cuq genoemde interdicten zijn wel opgenomen in Lenels reconstructie. Ze zijn hierboven al weergegeven: het zijn de interdicten “aangaande het rapen van eikels”, *de glande legenda*,¹⁹⁷ en “aangaande verhuizing”, *de migrando*.¹⁹⁸ Maar ook bij deze interdicten kan men met Cuq van mening verschillen over de vraag of ze op zouden kunnen gaan in een algemeen interdict ter behoud of herkrijging van het bezit van roerende zaken. Ik wees er al op dat het interdict over het rapen van eikels vermoedelijk een *lex specialis* was van een bepaling uit de XII Tafelen over het rapen van eikels op andermans grond: in het interdict gaf de *praetor* een nadere uitwerking waarin hij deze mogelijkheid beperkte tot eens in de drie dagen. De reden van uitvaardiging heeft niets van doen met het aanwijzen van een bezitter van een roerende zaak, maar alles met het voorkomen van schade. Dit blijkt ook uit het volgende fragment, dat het verlot tot het rapen van eikels in dit interdict in verband brengt met een garantstelling van de raper voor mogelijke schade.

(...) Maar als ze [de eikels, *HHR*] nog voorhanden zijn, kan ik ook gebruik maken van het interdict ‘inzake het verzamelen van vruchten’ dat mij gelegenheid geeft om de andere dag de vruchten op te rapen, als ik mij maar garant stel voor mogelijke schade.¹⁹⁹

Het laatste interdict waarvan Cuq meent dat het op zou kunnen gaan in een algemeen bezitsinterdict voor roerende zaken is het interdict ‘aangaande verhuizing’. Maar ook hier draait het niet om de toewijzing van het bezit van een roerende zaak, maar om iets anders, namelijk de vraag wanneer een huurbaas een pandrecht kan invoeren op roerende zaken van zijn huurder en hem mag beletten die zaken te verhuizen.

Cuq stelde dat de regeling van deze vier interdicten vervangen had kunnen worden door een algemeen bezitsinterdict. Dit lijkt mij niet het geval te zijn. Deze vaststelling heeft ook gevolgen voor Cuqs stelling dat de ‘veelheid van deze interdicten’, *la multiplicité de ces interdits mobiliers*, bewijst dat de notie van bezit van roerende zaken nog niet gevormd was bij de juristen op het moment dat de interdicten werden gemaakt. Mijn onderzoek toonde dat elk van deze interdicten een eigen functie had die losstond van de vraag wie bezitter

¹⁹⁷ Zie mijn noot 176.

¹⁹⁸ Zie hierboven, p. 50.

¹⁹⁹ D. 10,4,9,1: (...) sed si extet, etiam interdicto de glande legenda, ut mihi tertio quoque die legendae glandis facultas esset, uti potero, si damni infecti caverō.

was. Het lijkt dan ook onjuist om ze eerst in één groep in te delen en vervolgens hun aantal als bewijs op te voeren voor de afwezigheid van een notie van bezit van roerende zaken bij de Romeinse juristen.

Cuq's vierde vaststelling betrof het ontbreken van het woord 'bezit' in het interdict *utrubi*. Hierin heeft hij gelijk, dit werd hierboven ook al opgemerkt.²⁰⁰ Of het ontbreken van het woord in het interdict de conclusie rechtvaardigt dat de Romeinen ook de notie van bezit van roerende zaken niet kenden is echter een geheel andere vraag. Ik behandel haar in de volgende subparagraaf, waarin Daube's verklaring voor het interdict *utrubi* centraal staat. Evenals Cuq namelijk meent Daube dat het bezitsbegrip van roerende zaken pas later tot stand is gekomen, maar Daube gaat nader op die ontwikkeling in.²⁰¹

Tenslotte merkt Cuq op dat het interdict *utrubi* de eigenaardigheid kent dat de *praetor* niet de huidige meester van de slaaf beschermt, maar degene die de slaaf het langst in het afgelopen jaar heeft gehad. Hij zag de oorsprong van deze eigenaardigheid gelegen in de woelige tijden na de tweede Punische oorlog, waarin voor veel slaven duister was aan wie ze toebehoorden. Het moge duidelijk zijn dat deze verklaring alleen standhoudt als, zoals Cuq beweert, het interdict oorspronkelijk slechts zag op slaven. Hij heeft mij vooralsnog niet kunnen overtuigen van de juistheid van deze theorie.

Daube's verklaring voor het interdict utrubi

Daube bespreekt de invoering van het interdict *utrubi* in een specifiek kader, namelijk naar aanleiding van de vraag waarom het in het klassieke recht wordt ingedeeld bij de interdicten tot behoud van bezit, *interdicta retinendae possessionis*. Hierboven is opgemerkt dat veel schrijvers deze indeling afwijzen en het interdict willen aanmerken als een interdict tot herkrijging van bezit, *interdictum recuperandum possessionis*.²⁰² Volgens Daube vertegenwoordigen zij de heersende mening, die er, onder andere, op neerkomt dat het moeilijk valt om scherpe grenzen te trekken tussen interdicten tot behoud van bezit, tot herkrijging van bezit en tot verkrijging van bezit. Daube verzet zich tegen deze zienswijze en betoogt dat er, tenminste voor het klassieke Romeinse recht, wel degelijk een helder en rationeel verband gevonden kan worden voor deze indeling van

²⁰⁰ Zie hierboven, p. 26.

²⁰¹ Zie in dit verband ook mijn noot 162. Zie verder Cuq 1928, p. 308, noot 3: (...) Avant de s'élever à l'idée de *la possession*, les Romains ont connu *les possessions*. Dans son acception première, le mot possession s'applique uniquement aux fonds de terre, et spécialement aux terres de l'*ager publicus* occupées par les particuliers à charge de les cultiver et moyennant une redevance payée au Trésor. (...)

²⁰² Daube 1951, p. 403-405. Zie ook de opmerking bij 94.

interdicten.²⁰³ Een aantal interdicten wordt volgens hem verkeerd begrepen en hiertoe behoort het interdict *utrubi*.²⁰⁴

Daube meent dat het interdict *utrubi* oorspronkelijk niets van doen had met bezit: de notie van ‘bezit’ bestond alleen nog maar bij land en daarom kan men alleen het interdict *uti possidetis* als bezitsinterdict bestempelen.²⁰⁵ Hij wijst erop dat de bewoordingen van *utrubi* het woord ‘bezit’ niet bevatten.²⁰⁶ Hieruit leidt hij af dat het aanvankelijk louter een verbod zou zijn geweest op het gebruik van geweld bij het wegleiden, *ducere*, van het omstreden object door de winnaar van het interdict.²⁰⁷ Daube gebruikt een ring als voorbeeld van zo’n object, kennelijk meent hij dat het interdict niet alleen voor slaven aangevraagd kon worden, maar gold voor roerende zaken in het algemeen.²⁰⁸

Volgens Daube werd de volgende stap in de ontwikkeling van het interdict *utrubi* genomen toen de juristen zich realiseerden dat zowel dit interdict als het interdict *uti possidetis* uiteindelijk gebruikt werden om vast te stellen wie de positie van gedaagde mocht innemen in een proces waarin de zaak werd opgeëist. Dit leidde tot een verbreding van het bezitsbegrip.²⁰⁹ Het woord ‘bezit’, *possessio* werd nu niet meer alleen gebruikt om het beschermde object aan te duiden van het interdict *uti possidetis*, maar ook voor de bescherming van roerende zaken door *utrubi*, d.w.z. de bescherming waarop die partij aanspraak kon maken ‘bij wie de roerende zaak in het afgelopen jaar het langst was’, *utrubi maiore parte huiusce anni fuit*. Daube benadrukt dat dit ruimere bezitsbegrip nog niet bestond toen beide interdicten voor het eerst werden uitgevaar-

²⁰³ Daube 1951, p. 405.

²⁰⁴ Daube 1951, p. 410-416.

²⁰⁵ Daube 1951, p. 414: ‘Originally, of these two interdicts only *uti possidetis* was possessory. *Utrubi* – whether of earlier or later origin than *uti possidetis* – was non-possessory, for the simple reason that the notion of possession was as yet confined to land.’ Zie ook hierboven, p. 35 e.v.

²⁰⁶ Zie voor de bewoordingen hierboven, p. 26. In dezelfde zin Cuq, zie mijn noot 162.

²⁰⁷ Daube 1951, p. 414: ‘*Utrubi* was not associated with possession. It made possible a certain action, *ducere*, just as, say, *de glande legenda* made possible *legere auferre* or *ut via publica* made possible *via publica ire*.’

²⁰⁸ Daube 1951, p. 411. Zie ook p. 413 e.v. waar hij niet langer spreekt van ‘object’, maar van ‘movable’.

²⁰⁹ Daube 1951, p. 415: ‘It was not until after the two interdicts had come into use – though no doubt fairly soon after – that the category of possession was extended so as to embrace both immovables and movables. It was felt that as the ultimate function of *utrubi* was the same as *uti possidetis* – to give the party having a certain connection with the thing the position of defendant in *vindicatio* – the facts entitling to the former ought to be subsumed under the same term as those entitling to the latter. Possession was now ascribed to a person protected by *utrubi* no less than one protected by *uti possidetis*; both interdicts were *possessionis retinandae causa*.’

digd, maar pas totstandkwam toen juristen de verhoudingen tussen de interdicten uitwerkten en vaststelden dat zij een gemeenschappelijke grondslag kenden.²¹⁰

De verbreding van het bezitsbegrip had nog geen gevolgen voor de verschillende criteria van beide interdicten: pas veel later zou men ertoe overgaan om ook de maatstaven gelijk te trekken.²¹¹ Bewijs hiervan vindt men o.a. in het volgende fragment uit de Instituten van Justinianus, dat vermeldt dat een oorspronkelijk zeer groot verschil in werkingskracht tussen beide interdicten gelijk getrokken was.²¹²

Met het interdict ‘Zoals gijlieden bezit’ wordt gestreden over het bezit van grond of opstallen, met het interdict ‘Bij welke van beide partijen’ daarentegen over het bezit van roerende zaken. Bij de oude juristen bestond er een zeer groot onderling verschil naar werkingskracht tussen deze twee: met het interdict ‘Zoals gijlieden bezit’ won degene die ten tijde van de uitvaardiging van het interdict het bezit had, op voorwaarde althans dat hij het bezit niet met geweld, heimelijk of ter bede van zijn wederpartij verkregen had, al mocht hij zelf ook een derde met geweld hebben verdreven, deze het bezit heimelijk hebben ontnomen of iemand hebben verzocht hem toe te staan bezit ter bede te hebben. Daarentegen won met het interdict ‘Bij welke van beide partijen’ degene die gedurende het grootste deel van het desbetreffende jaar een bezit had dat hij noch door geweld, noch heimelijk, noch ter bede van zijn wederpartij onder zich had. Tegenwoordig wordt een andere regel in acht genomen: de werking van de beide interdicten is namelijk voor wat het bezit betreft gelijk getrokken in die zin, dat zowel bij een onroerende als bij een roerende zaak diegene wint, die ten tijde van het aanhangig maken van het geschil het bezit noch met geweld, noch heimelijk, noch ter bede van zijn wederpartij onder zich heeft.²¹³

²¹⁰ Daube 1951, p. 415: ‘There is no illogicality once we realize that the wider notion of possession, i.e. that applying to movables as well as immovables, was arrived at, not prior to the interdicts, but on the basis of the interdicts, by way of working out the relation between them and ascertaining the common element underlying both. We have in fact before us a typical example of preclassical analysis and systematization, succesful enough to have been deemed adequate throughout the classical age.’

²¹¹ Daube 1951, p. 413.

²¹² Zie ook D. 43,32,1,1 (hierboven weergegeven bij mijn noot 90).

²¹³ Inst. 4,15,4a: *Sed interdicto quidem uti possidetis de fundi vel aedium possessione contenditur, utrobi vero interdicto de rerum mobilium possessione, quorum vis et potestas plurimam inter se differentiam apud veteres habebat: nam uti possidetis interdicto is vincebat, qui tempore interdicti tempore possidebat, si modo nec vi nec clam nec precario nactus fuerat ab adversario possessionem, etiamsi alium vi expulerit aut clam abriperit alienam possessionem aut precario rogaverat aliquem, ut sibi possidere liceret: utrobi vero interdicto is vincebat, qui maiore parte eius anni nec vi nec clam nec precario ab adversario possidebat. hodie tamen aliter observatur: nam utriusque interdicti potestas quantum ad possessionem pertinet exaequata est, ut ille vincat et in re soli et in re mobili, qui possessionem nec vi nec clam nec precario ab adversario litis contestationis tempore detinet.*

Het hanteren van verschillende maatstaven kon ertoe leiden dat onder dezelfde noemer – bezit – verschillende gevallen werden gebracht. Bij onroerende zaken werd als winnaar/bezitter degene aangewezen die ten tijde van de uitvaardiging van het interdict de zaak bezat, maar dat lag anders bij roerende zaken. Daar kon iemand als bezitter gelden die de zaak niet onder zich had, omdat het in dit interdict gebruikte criterium niet absoluut, maar relatief van aard was. Zolang de zaak in het afgelopen jaar maar langer bij hem was geweest dan bij de huidige ‘bezitter’, deerde hem zelfs een bezitsverlies niet.²¹⁴ Toch is het aanmerken van deze situatie als ‘bezit’ volgens Daube verdedigbaar. Hij benadrukt dat men zelfs de maatstaf van *uti possidetis* als hoofdregel kan toepassen op *utrubi* – als bezitter geldt degene die de zaak ten tijde van de uitvaardiging van het interdict voor zichzelf heeft – zolang men de uitzondering maar niet uit het oog verliest. Want door het relatieve karakter van bezit van roerende zaken is in geschillen de huidige bezitter inderdaad bezitter ten opzichte van de gehele wereld, behalve ten opzichte van degene die, al dan niet met optelling van de bezitstijd van zijn voorganger, de zaak langer onder zich heeft gehad.²¹⁵

Daube wijst erop dat zijn lezing aansluit bij Gaius’ terminologie met betrekking tot bezit.²¹⁶ Hij vindt diezelfde terminologie ook terug bij andere juristen als Scaevola, Paulus, Ulpianus, Venuleius, Licinnius Rufinus en in een constitutie uit 293 AD.²¹⁷ Aan de andere kant lijkt zijn verklaring onverenigbaar met een voorbeeld van Theophilus over de werking van het interdict. Theophilus beschrijft niet een interdict waarin de winnaar het bezit behoudt indien de zaak voor kortere tijd bij een ander is geweest, maar een interdict waarmee een verloren gegaan bezit kan worden herkrege. Dat blijkt uit het voorbeeld in zijn bespreking van de oorspronkelijke werking van het interdict *utrubi*.

²¹⁴ Daube 1951, p. 413: ‘Possession of a movable is a relative notion. If I have held the object for longer than you in the past year, then, as far as it is a question between the two of us, though you are holding it at this moment, I am possessing it, not you. At the same time, you are possessing it as against anyone else who has not held it or has held it for less long than you.’

²¹⁵ Daube 1951, p. 413: ‘The result is that, with the single exception of a dispute with one who has held for longer, the present holder is possessor in the case of a movable no less than of land. As soon as I hold a movable I possess it – except against him who has held it longer. From this point of view, it is quite in order to identify holding and possessing, to refer to that party who has “possessed” longer in the past year and to the adding of your predecessor’s “possession” to your own “possession”. Even the party with the shorter period to his credit did possess, he was the true possessor against everybody except his opponent with the longer period. Nevertheless the exception remains, and to overlook it means to misconstrue *utrubi*.’

²¹⁶ Daube 1951, p. 412 (verwijzend naar Gaius 4,150 e.v.).

²¹⁷ Daube 1951, p. 412 noot 24-26 (D. 44,3,14, *pr.*; *Pauli Sententiae* V,6,1; Fr. Vat. 311; D. 41,2,14,1; D. 41,2,13,4 e.v.; D. 41,2,13,7; D. 41,2,13,10 en 13; D. 44,3,15,1; D. 50,15,156; Fr. Vat. 293; D. 44,3,15).

Bij het interdict utrubi, daarentegen, wint diegene die als je het jaar terugrekent naar achteren de langste tijd bezitter is geweest. Bijvoorbeeld: ik ben zeven maanden bezitter geweest, jij de laatste vijf: ik zal winnen. Dus als het bezit aan mij is teruggegeven, ben jij degene die, omdat je eiser bent, met het bewijs wordt belast.²¹⁸

Daube betoogt dat Theophilus de oorspronkelijke regeling juist weergeeft, maar die regeling teveel naar zijn eigen tijd vertaalt.²¹⁹ In Theophilus' tijd was namelijk de oorspronkelijke maatstaf van *utrubi* vervangen door die van *uti possidetis*: als winnaar en bezitter gold degene die het bezit had op het tijdstip van uitvaardiging van het interdict, ongeacht de duur van zijn eigen bezit of dat van zijn tegenstander.²²⁰ Daube acht het natuurlijk dat een jurist die gewend is om de maatstaf 'geweest zijn bij' volledig gelijk te stellen aan 'bezit', anders gezegd: een jurist die 'het niet langer zijn bij' opvat als 'bezitsverlies', om het voorbeeld te bedenken waarin het oude recht een gedeposeerde hielp om zijn bezit te herkrijgen.²²¹ Maar dat zou niet de wijze zijn waarop de oude juristen het interdict uitlegden, zoals blijkt uit een vergelijking tussen Theophilus' beschrijving met zijn opmerking 'omdat het bezit aan mij is teruggegeven', τῆς νομῆς ἐμοὶ ἀποδοθείσης, en beschrijvingen zoals die van Gaius in 4,152, waarin dit idee afwezig is. Daar wordt namelijk alleen maar de nadruk gelegd op het behoud van het bezit: de notie van een herkrijging van bezit ontbreekt er volledig.²²²

²¹⁸ Theoph. Inst. 4,15,4a: ἐπὶ δὲ τοῦ UTRUBI INTERDICTU οὗτος νικᾷ ὅστις εἰς τοῦπίσω ἀνακλωμένου τοῦ ἐνιαυτοῦ τὸν πλείονα χρόνον ἐνεμήθη. οἷον ἐνεμήθην ἐγὼ ἐπτά μῆνας, σὺ πέντε τοὺς τελευταίους· ἐγὼ νικήσω. λοιπὸν οὖν τῆς νομῆς ἐμοὶ ἀποδοθείσης, τότε σὺ ACTOR γενόμενος ταῖς ἀποδείξεσι βαρύνῃ. Geciteerd naar Theoph. 2010, p. 916/918. Ik dank mijn collega Roos Meijering voor haar vertaling. Zie over Theophilus ook de opmerking bij noot 71.

²¹⁹ Daube 1951, p. 413. 'It is, however, a mistake to accept his construction as that of the classics. The actual regulation he states correctly, but the interpretation put upon it reflects a Byzantine development.'

²²⁰ Dit vermeldt Theophilus ook in het vervolg van zijn parafrase van Inst. 4,15,4a (zie mijn noot 213).

²²¹ Daube 1951, p. 413-414. 'By the time of Theophilus, the rules of *utrubi* had been changed. The present holder now won regardless of the length of his holding, he had possession fully protected even against him who had held longer in the past year. It is only natural that a lawyer accustomed to his complete equation of holding and possessing would think of the case where classical law helped a man who was not holding as help for the non-possessor, as restoration of possession, lost, as *recuperandae causa*.'

²²² Daube 1951, p. 414: 'But the classics had looked at it in a different way. As a matter of fact, when we compare Theophilus's account, which includes the remark τῆς νομῆς ἐμοὶ ἀποδοθείσης, with account like G. 4.152, from which this idea is entirely absent, the classical treatment of *utrubi* as nothing but *retinendae causa* emerges all the more clearly.'

Dat het mogelijk bleek om de criteria van beide interdicten uiteindelijk gelijk te trekken is volgens Daube te danken aan de invoering van het verweer van gebrekkig bezit in het interdict *utrubi*. Een groot deel van het afzonderlijke bestaansrecht van het criterium ‘het langst geweest zijn bij’ ging volgens hem eigenlijk al op het moment van invoering verloren.²²³ Daarna stond weinig meer in de weg aan de toepassing van de hoofdregel dat de huidige bezitter beschermd moest worden. Had hij het bezit jegens zijn tegenstander gebrekkig verkregen, dan kon die hem daarop aanspreken. Voor de rest van de wereld gold hij als bezitter en verdiende hij daarom bescherming. Maar het verweer kon pas ingevoegd worden nadat het bezitsbegrip zijn weg van het interdict *uti possidetis* naar *utrubi* had gevonden. En het zou daarna nóg vijf eeuwen duren voordat een uniforme maatstaf gebruikt werd in beide interdicten.

Daube’s reconstructie van de ontwikkelingsgeschiedenis van het interdict *utrubi* verdient mijns inziens meer aandacht dan haar tot dusver ten deel is gevallen. Ze weet niet alleen de aanduiding ‘interdict tot behoud van bezit’ volledig te verklaren, ze maakt ook aannemelijk waarom het interdict los van *uti possidetis* werd uitgevaardigd; waarom het niet het woord ‘bezit’ bevat en hoe door de latere opneming van het verweer van gebrekkig bezit het interdict gelijk kon worden geschakeld met het interdict *uti possidetis*.

Pugsleys verklaring voor het interdict utrubi

Pugsley plaatst de invoering het interdict *utrubi* geheel in het kader van verkrijgende verjaring.²²⁴ Die werkte volgens hem oorspronkelijk anders dan de heersende leer aanneemt op grond van de overgeleverde teksten uit het Justiniaanse recht. Maar reeds bij Justinianus zou er sprake zijn geweest van volledige onwetendheid, *complete ignorance*, met betrekking tot de inhoud van de regel van de zogeheten *lex Atinia*.²²⁵ Volgens Pugsley geeft Justinianus ten onrechte aan dat deze wet gedeeltelijk verantwoordelijk was voor de regel dat gestolen zaken, *res furtiva*, niet door verkrijgende verjaring, *usucapio*, in eigendom kon-

²²³ Daube 1951, p. 416: ‘With the *nec vi...* clause, a powerful stabilizing element entered the law of possession. Through it, the requirement of a longer holding lost much of its *raison d’être*. Nevertheless it took more than five hundred years before Justinian abolished it. Zie ook p. 415-416 waar hij de voorgaande situatie bespreekt: ‘The *nec vi...* clause did not then form part of the interdict. To protect the holder unconditionally would have meant protecting the last to snatch the object from his opponent, a moment before the issue of the interdict; it would have encouraged disorder. Therefore, to enjoy protection, you must have held for longer in the past year. This was a very conservative solution, leaving protection as near to present control as was at all feasible if violence and trickery were not for ever to accompany *utrubi*.’

²²⁴ Zie Pugsley 1970 en zijn latere taalkundige precisering in Pugsley 1972, p. 48 noot 40.

²²⁵ Pugsley 1970, p. 259.

den worden verkregen.²²⁶ Pugsley betoogt dat de wet oorspronkelijk helemaal niets te maken had met *res furtiva*.²²⁷ De *lex Atinia* zou, onder andere, de regeling van de verkrijgende verjaring gewijzigd hebben door het stellen van de eis van bezit gedurende de verjaringstermijn.²²⁸ Vóór de inwerkingtreding van de *lex Atinia* zou een bezitter, niet-eigenaar, die een roerende zaak te goeder trouw had verkregen en het bezit ervan daarna tegen zijn wil was kwijtgeraakt, zijn verjaring gewoon hebben kunnen voortzetten: bezit van de zaak gedurende de verjaringstermijn zou niet nodig zijn geweest.

Pugsley geeft toe dat het op basis van de beschikbare gegevens heel moeilijk is om vast te stellen hoe de juridische situatie er precies uitzag voor de invoering van de *lex Atinia*. Hij meent echter steun voor zijn zienswijze te kunnen vinden in de bepalingen van het interdict *utrubi*.²²⁹ Wanneer, zoals hij betoogt, de verkrijgende verjaring oorspronkelijk niet onderbroken werd door het verlies van de mogelijkheid om de zaak fysiek te beheersen, dan bestond de mogelijkheid dat er twee of meer partijen zijn die ieder bezig zijn met een eigen verjaringstermijn.²³⁰ In een dergelijk geval zou het volgens hem niet meer dan logisch zijn dat het recht die partij zou beschermen die het dichtst bij voltooiing van zijn verjaring stond. Pugsley meent die logica inderdaad terug te vinden in het interdict *utrubi*, dat degene beschermt bij wie de zaak in het afgelopen jaar het langst verbleef. Hij leidt hieruit af dat de invoering van dit interdict heeft

²²⁶ Zie Inst. 2,6,2.

²²⁷ Pugsley 1970, p. 260: 'We propose to cut the Gordian knot, by saying that the *lex Atinia* was not originally concerned with *res furtiva*, at all.'

²²⁸ Pugsley 1970, p. 262: 'If the *lex Atinia* altered the law in the way that we have suggested, then we must suppose that previously it had been possible for a *bona fide* acquirer of goods to continue his prescription even though he had been deprived of them. That means that the owner's title was destroyed after the lapse of one year even though the bona fide acquirer had not remained in control of the goods for the whole of that period. The emphasis must have been on the original acquisition and lapse of time, rather than on continuous possession. That will explain another striking feature of *usucapio* which survived anomalously into classical and Justinianic law. If the *bona fide* possessor discovers during the course of *usucapio* that someone else is the true owner, his right of prescription is unaffected. That is in spite of the fact that his possession is now *mala fide*, and more importantly that, at least from the time of the later republic onwards, he should have become a thief by *contrectio*.'

²²⁹ Pugsley 1970, p. 263: 'On the evidence available to us it is of course very difficult to establish what the law was in the period before the *lex Atinia*; but valuable support may be derived from the provisions of the interdict *Utrubi*.'

²³⁰ Pugsley 1970, p. 263: 'We may note that if *usucapio* is not interrupted by loss of physical control of the goods, it is possible for there to be two claimants at the same time who are both in the process of acquiring by prescription.' Vgl. Pugsley 1972, p. 63: 'Under the system of prescription prior to the *lex Atinia* it was possible for there to be two (or even more) people at the same time who had acquired goods in circumstances which would allow them to claim ownership by prescription at the end of the year.'

plaatsgevonden vóór die van de *lex Atinia*, ergens in de tweede helft van de derde eeuw voor Chr.²³¹ Nadat door de *lex Atinia* voor verkrijgende verjaring de eis van bezit werd gesteld, verwerd het criterium van het ‘langste verblijf in het afgelopen jaar’ tot een absurd fossiel, een herinnering van de problemen van het recht van verjaring in een veel eerdere periode.²³² De invoering van de eis van bezit bij verkrijgende verjaring heeft er volgens hem toe geleid dat zowel de *lex Atinia* als het interdict *utrubi* verkeerd zijn uitgelegd.²³³

Pugsleys verklaring legt een verband tussen bezitsbescherming van roerende zaken en verkrijgende verjaring dat, zoals hij zelf toegeeft, afwijkt van de tegenwoordig gebruikelijke interpretatie van de *lex Atinia*. Vergeleken met de verklaringen van de hiervoor behandelde schrijvers is zijn betoog kort: weliswaar gaat hij in op het ontbreken van het woord ‘possessio’ in het interdict *utrubi*, maar uitsluitend met het oog op zijn betoog dat de *lex Atinia* een andere inhoud zou hebben gehad. Pugsley besteedt geen aandacht aan de verhouding tussen het bezitsinterdict voor roerende zaken en dat van onroerende zaken. Evenmin besteedt hij aandacht aan de opname van het verweer van gebrekkig bezit of aan de tweezijdigheid van het interdict.²³⁴ Hij heeft mij dan ook niet kunnen overtuigen van de juistheid van zijn verklaring.

3.4 De zakelijke verklaring

De zakelijke verklaring geeft als motief van de invoering van de bezitsinterdicten de wens om bezitters een actie te verlenen die enige gelijkenis vertoont met de *vindicatio*, waaruit, zoals we zagen, de juristen later het recht van eigendom afleidden.²³⁵ Aanhangers van deze zienswijze nemen aan dat de bezitter hierdoor een recht verwierf dat met het recht van eigendom op één lijn staat, maar dat in conflictsituaties daarvoor moet wijken.²³⁶ Hierin ligt ook het grote

²³¹ Pugsley 1972, p. 64.

²³² Pugsley 1972, p. 64: ‘But the new interpretation of the reference ‘to the greater part of the year’ is quite ridiculous and cannot be satisfactorily explained by the frequency with which goods changed hands. Throughout classical law it was an absurd fossil, a reminder of the problems of the law of prescription in a much earlier period.’

²³³ Pugsley 1972, p. 265: ‘We have suggested that the *lex Atinia* and the interdict *Utrubi* were both misinterpreted because of the introduction of possession as a requirement of *usucapio*.’

²³⁴ Vergelijk overeenkomsten en verschillen tussen de interdicten op mijn p. 42 e.v.

²³⁵ Zie hierboven mijn noot 25.

²³⁶ Ook wanneer er strijd bestaat tussen het recht van bezit en het eveneens door de *praetor* geschapen recht van de verjaringsbezitter, het zogeheten Publiciaans bezit, deelt het bezitrecht het onderspit omdat in de *actio Publiciana* de fictie was opgenomen dat de

verschil met de politionele verklaring: die verklaart de invoering van de bezitsinterdicten vanuit de wens om de feitelijke *status quo* te handhaven.

Een historische uitwerking van de zakelijke verklaring treffen we aan in Hunters *A systematic and Historical Exposition of Roman Law*. Hunter meent dat zijn theorie, die het door de interdicten beschermde rechtsgoed als een vorm van eigendom aanmerkt²³⁷, de invoering van de bezitsinterdicten beter verklaart dan de politionele verklaring. Hieronder wordt het ontwikkelingsbeeld dat hij schetst nader uiteengezet, maar kort en goed komt het neer op het volgende. De bezitsinterdicten zijn oorspronkelijk ingevoerd als vorm van eigendomsbescherming voor niet-Romeinen. Zij vervulden dus oorspronkelijk een zakenrechtelijke functie. Pas toen daarna Romeinse burgers er ook gebruik van gingen maken om hun feitelijke positie te beschermen, kreeg het bezit een plaats náást eigendom en vervulden de bezitsinterdicten ook de politionele functie. Tenslotte werden de bezitsinterdicten gebruikt als voorfase in het eigendomsproces en vervulden ze de processuele functie.

Hunter wijst de verklaring van de hand dat de bezitsinterdicten zijn ingevoerd om de procesrollen te bepalen. Die stuit volgens hem af op de gewoonte van de *praetor* om in een *vindicatio* zelf het bezit toe te wijzen aan één van de partijen.²³⁸ Hij noemt de maatstaf van het interdict voor roerende zaken – het langste ‘bezit’ in het afgelopen jaar – als tegenargument. Hunter acht deze maatstaf betekenisloos in een situatie waarin men probeert vast te stellen welke van twee personen als gedaagde mocht optreden.²³⁹

verjaringsbezitter de verjaring reeds had voltooid en daardoor eigenaar naar Quiritisch recht was geworden (Gaius 4,36). Vgl. Bruns 1874, p. 288 e.v.

²³⁷ Hunter 1903, p. 379: ‘Thus, as we have Quiritian Ownership arising from *mancipatio*, and Bonitarian Ownership arising from *possessio ad usucapionem*, so we should have Praetorian or Equitable Ownership arising from *possessio*.’ Vgl. p. 371: ‘All this is easily understood if we look upon the Interdict *Utrubi* as intended to establish a kind of ownership; (...)’ en p. 374: ‘If we suppose that the intention of the Praetor in the interdicts *Uti possidetis* and *Utrubi* was to legalise ownership in cases not provided for by the *jus civile*, these questions admit an easy solution. The Praetor, in setting up remedies for a new form of ownership, naturally adopted as his model the proceedings of the civil law in the like case.’

²³⁸ Hunter 1903, p. 365: ‘But this (the use ascribed to the Interdicts *Uti possidetis* and *Utrubi* to determine a question of possession as preliminary to an action to recover property) could not have been the original purpose of those Interdicts: for the question of possession as preliminary to a vindication was precise the question that the Praetor himself decided in the *actio sacramenti*.’ Met de aanduiding ‘*actio sacramenti*’ verwijst Hunter naar de *legis actio sacramento in rem*, zie hierboven p. 8 e.v.

²³⁹ Hunter 1903, p. 370: ‘The singular feature in *Utrubi* is that the litigant succeeded who was in possession during the greater part of the year, not as in *Uti possidetis*, who was in lawful possession at the time the proceedings began. Now if the only object of the interdict was to determine which of two persons should be defendant in an action about to be tried, this provision is unmeaning.’

Hunter wijst erop dat er wél behoefte was aan de interdicten *uti possidetis* en *utrubi* wanneer de *legis actio sacramentum in rem* niet toegepast kon worden en de vraag van bezit de enige en uitsluitende vraag was die partijen bezig hield.²⁴⁰ Die vraag doet zich voor wanneer er géén Romeins eigendomsrecht ingeroepen kon worden.²⁴¹ Tot zover verschilt Hunters zienswijze niet van die van bijvoorbeeld Niebuhr en Savigny, die de invoering van het interdict *uti possidetis* verklaarden vanuit de noodzaak om bezitters van de *ager publicus* te beschermen.²⁴² Zij benadrukten dat dergelijke bezitters geen recht van toebehooren op de grond konden laten gelden, waardoor hen de l.a.s.i.r. niet ten dienste stond om zich te verweren tegen inbreuken van derden. Hunter staat niet onsympathiek tegenover deze hypothese, maar hij meent er een betere tegenover te kunnen stellen.²⁴³

Hunter verklaart de invoering van de interdicten *uti possidetis* en *utrubi* vanuit de noodzaak om bezittingen te beschermen van personen die geen Romeins staatsburger waren, de zogeheten peregrijnen, *peregrini*.²⁴⁴ Pas daarna zouden interdicten worden toegepast op door particulieren in bezit genomen *ager publicus*.²⁴⁵ En pas in de laatste fase, na wijzigingen in het Romeinse procesrecht, zouden de interdicten *uti possidetis* en *utrubi* dienen om vast te stellen wie de rol van gedaagde in het eigendomsproces moest innemen.²⁴⁶

²⁴⁰ Hunter 1903, p. 366: 'But if we suppose that in some cases the question of possession was not a mere preliminary to a vindication, but was the sole and final issue between the parties, then the *sacramentum* would be inapplicable, and the Interdicts *Uti possidetis* and *Utrubi* would be necessary.'

²⁴¹ Hunter benadrukt dat alle acties die het Romeinse recht gebruikte vanaf het ontstaan tot aan het einde van de formulaprocedure bij Diocletianus (*sacramentum*, *sponsio* en *petitoria formula*, zie hierboven p. 8 e.v. en p. 15 e.v.) de eis van toebehooren naar Romeins recht, *ex iure Quiritium* stelden. Hunter 1903, p. 368: 'Thus only a *dominus ex jure Quiritium* could sue by an *actio in rem* up to the close of the Formulary Period in the reign of Diocletian.'

²⁴² Zie hierboven, p. 34 e.v.

²⁴³ Hunter 1903, p. 367: 'If Niebuhr's hypothesis with respect to the character of possession in the *ager publicus* be proved, it would afford an explanation of the Interdict *Uti possidetis*. Without in any way discrediting his very ingenious reconstruction of a lost chapter in the agrarian history of Rome, we may put forward another case apparently satisfying the conditions of the problem, even more fully than the case of the *ager publicus*.'

²⁴⁴ Zie in dit verband ook Dernburgs verklaring van het interdict *utrubi* op p. 42 e.v.

²⁴⁵ Hunter 1903, p. 367-368: 'It is at least possible that Interdicts were first introduced to protect the proprietary interests of the *peregrini*; in which case it would follow that the possessory Interdicts were afterwards extended to private holdings in the *ager publicus*.'

²⁴⁶ Hunter 1903, p. 365: 'When we turn to the latest phase of Roman law we find that the only use ascribed to the Interdicts *Uti possidetis* and *Utrubi* was to determine a question of possession as preliminary to an action to recover property (J. 4,15,4) [weergegeven

Hunter beschouwt de interdicten *utrubi* en *uti possidetis* als elkaar aanvullende delen van een systeem dat de *praetor* heeft ontworpen ter bescherming van roerende en onroerende zaken. Hij meent dat de *legis actio sacramento in rem* als inspiratiebron voor hen diende, terwijl de overige interdicten naar de vorm van delictsacties zijn gemodelleerd.²⁴⁷ Hij verklaart de tweezijdigheid van de bezitsinterdicten dus uit hun ontstaansgrond: de *praetor* heeft dit kenmerk overgenomen van de l.a.s.i.r.²⁴⁸ Volgens Hunter biedt deze herkomst een aanknopingspunt voor de vraag wanneer de bezitsinterdicten ingevoerd zijn: in de periode vóór de invoering van het formulaprocedure.²⁴⁹

Hunter meent dat zijn hypothese een betere verklaring geeft voor de invoering van de bezitsinterdicten dan de theorie die ze in verband brengt met de bescherming van bezitters van de *ager publicus*. Die theorie slaagt er weliswaar in om het ontstaan van het interdict *uti possidetis* te verklaren, maar ze werpt geen licht op de invoering van het interdict *utrubi*.²⁵⁰ Een invoering ter bescherming van de niet-Romeinse burgers zou beide interdicten verklaren, aangezien de peregrijnen behoefte hadden aan bescherming van zowel hun roerende als hun onroerende zaken.²⁵¹

De bescherming van zaken van personen die naar het Romeinse recht geen beroep op eigendom toekwam was volgens Hunter een zaak van essentieel

op p. 22, *HHR*]; and the sole effect of a judgment was to determine which of the parties should be plaintiff or defendant in the subsequent proceedings (D. 41,2,35).

²⁴⁷ Hunter 1903, p. 374: 'The interdicts *Uti possidetis* and *Utrubi* were drawn on the lines of the *sacramentum*, in like manner, the interdicts *Unde vi* and *Quod vi aut clam* and many others, being in substance actions arising from delictum, followed the models of the *actiones ex delicto* according to civil law.'

²⁴⁸ Hunter 1903, p. 374 [o.a. verwijzend naar het fragment van Gaius 4,160 dat ik heb opgenomen op p. 41, *HHR*]: 'This peculiarity of the double interdicts is obviously an imitation of the *sacramentum*.'

²⁴⁹ Hunter 1903, p. 374, noot 1: 'This circumstance may perhaps give us a clue to the date when the Interdicts *Uti possidetis* and *Utrubi* were first introduced. The Praetor would hardly have imitated the *sacramentum* if he had any simpler procedure to copy. We cannot conceive that he should have done so after the *petitoria formula* [zie hierover p. 15 e.v. *HHR*] or even the *sponsio* was in use. If a conjecture may be permitted, the date of the introduction of Possessory Interdicts would be prior to the introduction of the Formulary System, – that is, prior to the *lex Aebutia*. The date of this statute is uncertain, some putting it earlier than B.C. 247.' Zie over de invoering van het formulaproces ook hierboven, p. 9.

²⁵⁰ Zie ook hierboven, p. 40.

²⁵¹ Hunter 1903, p. 370: 'But it may be pointed out that there is a special difficulty in the view that the first application of interdicts was to the case of the *ager publicus*. That would account for the Interdict *Uti possidetis*, but leave wholly unexplained the interdict *Utrubi*, which applies to moveables only. On the other hand, if we suppose it was the case of *peregrini* that first gave occasion to the interdicts, then both interdicts are accounted for, the *peregrini* requiring protection both for moveables and immoveables.'

belang.²⁵² Hij wijst erop dat niet-burgers al zeer vroeg een belangrijke rol in de economie van de Romeinse republiek speelden. Hij leidt dit af uit de benoeming van een speciale *praetor* – de zogeheten *praetor peregrinus* – voor geschillen waarbij een niet-burger partij was. Deze speciale *praetor* werd voor de eerste maal benoemd in 247 v. Chr., 120 jaar na de instelling van de *praetura*.²⁵³ Verder wijst Hunter erop dat het Romeinse recht de niet-burgers tegemoet kwam door het contract van de zogeheten *sponsio*, dat enkel tussen Romeinse burgers kon worden gesloten, uit te breiden naar dat van *stipulatio*, waarvan ook niet-Romeinen gebruik konden maken. Maar het meest treffende voorbeeld van de invloed van de niet-Romeinen zou te vinden zijn in de regeling van het koopcontract. Niet-Romeinen konden naar Romeins recht geen eigendom overdragen en konden dit evenmin verwerven. Zij konden slechts bezit van zaken verwerven en verschaffen, op grond van het voor alle personen geldende natuurrecht.²⁵⁴ Hunter nu wijst erop dat het koopcontract van het Romeinse recht geen overdracht van eigendom vereist, alleen het verschaffen van ongestoord bezit, *vacua possessio*.²⁵⁵ Sterker nog, een contract met een expliciete bepaling dat de

²⁵² Hunter 1903, p. 366.

²⁵³ Hunter 1903, p. 368: ‘The appointment of a *Praetor Peregrinus* (B.C. 247) only 120 years after the establishment of the Urban Praetorship, to relieve the Urban Praetor of cases in which a *peregrinus* was a party, is generally considered to attest the extent to which transactions with *peregrini* had, two centuries before the end of the Republic, been multiplied.’

²⁵⁴ Dionysius van Halicarnassus, D.H. III, 32, (1), lijkt een vroege vorm van handeldrijven naar natuurrecht te beschrijven wanneer hij een beeld schetst van de markt van Feronia ten tijde van de Romeinse koning Tullus Hostilius (± 672-640 v. Chr.). Zie ook Maine 1871, p. 193-194, die het natuurrecht in direct verband brengt met de markthandel: ‘The Market was the space of neutral ground in which, under the ancient constitution of society, the members of the different autonomous proprietary groups met in safety and bought and sold unshackled by customary rule. Here, it seems to me, the notion of a man’s right to get the best price for his wares took its rise, and hence it spread over the world. Market Law, I should here observe, has had a great fortune in legal history. The Jus Gentium of the Romans, though doubtless intended in part to adjust the relations of Roman citizens to a subject population, grew also in part out of commercial exigencies, and the Roman Jus Gentium was gradually sublimated into a moral theory, which, among theories not laying claim to religious sanction, had no rival in the world till the ethical doctrines of Bentham made their appearance.’

²⁵⁵ Anderzijds merkt Watson 1964, p. 245 de omstandigheid aan als een duidelijk gebrek: ‘There are three clear defects in early sale. First, the seller was under no obligation to make the buyer owner of the object sold. This, however, is probably not significant. Even in the case of *mancipatio*, the transferor seems to have been under no legal duty to make the transferee owner. The *actio auctoritatis* was available only if the transferee were evicted. Arangio-Ruiz has tried to explain this rule in sale by saying that *emptio venditio* began in the relations between Romans and peregrines and that valuable *res Mancipi* could therefore be transferred only by *traditio* which came to be looked upon as the method of performance. But not only is an explanation of this kind unnecessary, it is, as we shall see later, unconvincing.’

vervreemder gehouden is de verkrijger de eigendom van de zaak te verschaffen wordt in het Romeinse recht niet beschouwd als een koopcontract: bij wanprestatie van de vervreemder vindt de verbintenis tot terugbetaling zijn grondslag niet in het contract, *ex contractu*, maar vindt zij haar grondslag in een ongegronde verrijking van de vervreemder.²⁵⁶ Waarom nu, werpt Hunter de vraag op, is het de *essentie* van een koopcontract dat de verkoper alleen maar het bezit moet verschaffen? Hij ziet het antwoord gelegen in de omstandigheden waarin de peregrijnen verkeerden. Door in koopovereenkomsten louter bezitsverschaffing te eisen opende het Romeinse recht de handelsmogelijkheden met personen die niet in staat waren een eigendomsoverdracht naar Romeins recht te bewerkstelligen.²⁵⁷ Welnu, zo betoogt Hunter, als de Romeinse juristen de regels met betrekking tot het koopcontract verwrongen vanuit de wens om het contract open te stellen voor niet-burgers, en die gekunstelde constructie zelfs handhaafden wanneer beide contractspartijen Romeins burger waren, dan zou er zeker geen obstakel moeten bestaan om aan te nemen dat dit ook een voldoende krachtig motief was voor de invoering van de interdicten *uti possidetis* en *utrubi*, die immers vaststelden of er sprake was van bezit.²⁵⁸

De bescherming van bezit door interdicten zou dus zijn ingevoerd om een bescherming in te voeren voor peregrijnen, die analoog liep aan de bescherming waarop Romeinen aanspraak konden maken op grond van hun burgerlijk recht, *ius civile*.²⁵⁹ Deze scheiding zou ook verklaren waarom in een interdictenproces het beroep op eigendom was uitgesloten: de interdicten waren immers juist ingevoerd omdat men dit recht oorspronkelijk niet kón invoeren.²⁶⁰ Uit kracht

²⁵⁶ Hunter 1903, p. 369: 'But that was not the strangest part of the case. If the vendor by special agreement undertook to do more than give a possessory title and promised to make out a good title as owner, it was held that the transaction was not a sale, and therefore could not be enforced as an executory contract. (D. 12,4,16).'

²⁵⁷ Hunter 1903, p. 369: 'By requiring only a possessory title in the law of sale, the door was opened to transactions of classes of persons who were not capable of giving a good title to the ownership.'

²⁵⁸ Hunter 1903, p. 369: 'If, therefore, the law of sale was thus warped in its application even to Roman citizens, through the desire to open the law of contract freely to *peregrini*, we can have no difficulty in believing that the same motive would have been sufficient to lead to the introduction of the interdicts *Uti possidetis* and *Utrubi*, which were the appropriate proceedings for determining the legal validity of a possessory title.'

²⁵⁹ Hunter 1903, p. 371: 'Ownership, in this view, was extended to *peregrini* through the medium of possession. The praetor could not, consistently with the limits imposed on his powers, venture directly to bestow *dominium ex jure Quiritium* on *peregrini*; but in effect he accomplished the same object by protecting possession.'

²⁶⁰ Hunter 1903, p. 375: 'When the Praetor introduced the interdicts *Uti possidetis* and *Utrubi*, a claim of ownership could not be a defence to the interdicts, for the simple reason that the interdicts were intended for cases where ownership was impossible.'

der gewoonte zouden de bezits- en eigendomsprocedures gescheiden blijven ook nadat de interdicten werden ingezet ter voorbereiding van het eigendomsproces.

De invoering van interdicten als bescherming van een soort eigendomsrecht zou tevens de beperkte kring van gerechtigden verklaren. Op grond van het gezonde verstand valt volgens Hunter te verwachten dat de interdictenbescherming zich in de loop van de tijd ook zou gaan uitstrekken tot huurders en andere personen die wij tegenwoordig als ‘detentor’ aanmerken, maar dit werd in het Romeinse recht belet door de oorspronkelijke opvatting van de bescherming van een soort eigendomsrecht.²⁶¹ Hoewel het recht de kring van gerechtigden met enkele uitzonderingen heeft uitgebreid, gebeurde dit alleen op grond van dringende redenen en alleen voor zover het absoluut noodzakelijk was.²⁶²

Bij Hunters hypothese springt als eerste in het oog dat hij nauwelijks bronnen gebruikt die zijn betoog over de invoering van de bezitsinterdicten ondersteunen. De bronnen die hij wel noemt zijn algemeen van aard en zien niet specifiek op de zakenrechtelijke situatie van de *peregrini*. Hieronder bespreek ik verder hoe Hunter omgaat met uit de bronnen blijkende verschillen tussen de twee bezitsinterdicten. Die verschillen immers op tenminste drie en mogelijk vier punten van elkaar. Het eerste verschilpunt vormt het woord bezit, *possessio*, dat wel wordt gebruikt in *uti possidetis*, niet in *utrubi*. Het tweede verschil is het beschermde object: onroerend bij *uti possidetis*, roerend bij *utrubi*. Het derde verschil ligt in de gebruikte maatstaf van de interdicten. Tenslotte maakt Ulpianus melding van het feit dat het verweer van gebrekkig bezit oorspronkelijk niet was opgenomen in het interdict *utrubi*, terwijl de bronnen niet buiten twijfel stellen dat dit ook het geval was bij het interdict *uti possidetis*.

²⁶¹ Hunter 1903, p. 377: ‘The English law, (...) gives possessory remedies to lessees and simple bailees, which latter term includes the depositary of Roman law. In this respect, the English law is in harmony with the dictates of common sense, and there is no reason to believe that the Roman law would have taken a different view, but from the fact that its law of possession was originally a law of ownership.’

²⁶² Hunter 1903, p. 376: ‘The protection of possessory Interdicts was extended to the personal and praedial servitudes, because it was imperative to go so far; but although convenience pleaded strongly for a further extension to the case of depositaries, borrowers and tenants, yet such extension could not be said to be necessary. Here, as in other cases, the Praetor went as far as necessary and no farther.’ Zie ook p. 377: ‘No similar urgency existed in the case of depositaries, borrowers, or tenants. A complete law of property extending down to the smallest servitude, could be created without touching the case of tenants of farms. Consistency did not require any extension of interdicts to them, and moreover, depositaries, borrowers, or tenants were provided with remedies, although not by interdicts, to the extent to which their interests might be affected by loss of occupation. To refuse possessory rights to tenant was a real defect in Roman law; but it was not a defect resulting in such a clamant injury as to compel the Praetor to go out of his way to give them relief.’

Het ontbreken van de term ‘possessio’ in de bewoordingen van het interdict voor roerende zaken. Hunter gaat hieraan voorbij. Voor Hunter staat het buiten kijf dat beide interdicten bezit beschermen en het lijkt hem niet te deren dat de bewoordingen van *utrubi* spreken van ‘het langste verblijf in het afgelopen jaar’ en niet van ‘het langste bezit in het afgelopen jaar’.²⁶³ Men zou echter verwachten dat wanneer de *praetor* ‘bezit’ als uitgangspunt voor het nieuw door hem te vormen recht nam – en de twee bezitsinterdicten invoerde om een systeem te vormen – hij in dit systeem toch dezelfde aanduidingen zou hebben gebruikt.

Het door de bezitsinterdicten gemaakte onderscheid tussen roerende en onroerende zaken. Hunter gaat eveneens voorbij aan de door de *praetor* gemaakte verdeling tussen roerende en onroerende zaken. We zagen al dat hij meent dat beide interdicten zijn afgeleid uit de *legis actio sacramento in rem*, maar die wettelijke actie gold zowel voor wat wij tegenwoordig roerend als onroerend noemen. De vermoedelijke herkomst verklaart dus niet de invoering van twee afzonderlijke interdicten.

Het gebruik van verschillende maatstaven ter vaststelling van wie bezitter is. Hunter gaat wel in op dit punt. Hij meent dat de maatstaf voor onroerende zaken – het bezit ten tijde van de instelling van de actie – verklaard wordt uit de onbeweeglijkheid van deze zaken.²⁶⁴ Hunter verklaart de maatstaf van het interdict voor roerende zaken door te wijzen op de snelheid waarmee roerende zaken van hand tot hand gaan.²⁶⁵ We troffen deze verklaring al aan bij Bruns²⁶⁶, en zagen dat Kaser haar bekritiseerde: hij merkte op dat de invoering van het interdict voor roerende zaken door de veelvuldige bezitswisselingen van roerende zaken nog niet op een bevredigende wijze wordt verklaard.²⁶⁷ Volgens Hunter bewerkstelligt de maatstaf een soort van eigendomsverkrijging door verjaring: hij meent dat het interdict *utrubi* gebaseerd was op een korte verjaringstermijn

²⁶³ Zie bijv. Hunter 1903, p. 370: ‘The singular feature in *Utrubi* is that the litigant succeeded who was *in possession* [cursivering, *HHR*] during the greater part of the year, not as in *Uti Possidetis*, who was in lawful possession at the time the proceedings began.’

²⁶⁴ Hunter 1903, p. 371: ‘Land cannot run away or disappear from view; and a rule that adopted possession at the time action was commenced worked very fairly as a mode of settling really a question of ownership. At all events this was the case when the rule was finally adopted, that in cases of *clandestina possessio* [gebrekkig bezit, *HHR*], no hostile possession commenced until it was brought to the knowledge of the previous possessor.’

²⁶⁵ Hunter 1903, p. 371: ‘If, however, we suppose that interdicts were brought in for *peregrini*, then this ancient feature of the *Utrubi* receives a new light. Considering the facility with which many moveables pass from hand to hand, the *Utrubi* would not have served its purpose, if the right of possession turned on the question who had possession at the time legal proceedings were begun.’

²⁶⁶ Zie hierboven, p. 30.

²⁶⁷ Zie hierboven, p. 30.

van zes maanden. Hij wijst erop dat, zoals gebruikelijk bij verjaring, bijtelling van de bezitstijd, *accessio temporis*, was toegestaan.²⁶⁸

Hunters korte verklaring van de maatstaf van *utrubi* roept een tweetal vragen op, zijn verzekering ten spijt dat alles gemakkelijk te begrijpen valt als we het interdict maar beschouwen als maatregel van de *praetor* die een soort eigendom van roerende goederen voor peregrijnen vestigt. Nu was de schepping van dit recht volgens Hunter geen doel op zich: het diende ter bescherming van de roerende goederen.

Maar op welke wijze beschermt het instellen van een korte verjaringstermijn van zes maanden de peregrijn? Kennelijk heeft Hunter het oog op roerende zaken die de peregrijn met zich meeneemt naar Rome, zodat zijn verklaring van de maatstaf van het interdict een opmerkelijke parallel vertoont met die van Dernburg.²⁶⁹ Ook Dernburg veronderstelde dat het interdict diende ter bescherming van peregrijnen: peregrijnen zouden, voorzover zij hun huisraad uit het buitenland meegebracht hadden, met betrekking tot deze zaken zelden een verkrijgingstitel kunnen aantonen en het langere bezit in het afgelopen jaar zou hierop afgaande gediend hebben, om voor hen het vermoeden van een recht te scheppen.²⁷⁰ Hunter gaat een stap verder door niet alleen een vermoeden van een recht aan te nemen, maar ook de verkrijging ervan – door verjaring, en het komt mij voor dat hij daarom zou instemmen met Bruns omschrijving van het interdict als ‘absolute vindicatie vanwege het relatief langere bezit’.²⁷¹ Zo bezien biedt de maatstaf de peregrijn de mogelijkheid om verloren gegaan bezit binnen een half jaar terug te vorderen. Het interdict kan daarom getypeerd worden als een interdict tot her verkrijging van bezit, *interdictum recuperandum possessionis*. Dit roept de vraag op hoe deze zienswijze te verenigen valt met onze bronnen als Gaius, Justinianus en Theophilus, die allemaal het interdict aanmerken als interdict tot behoud van bezit, *interdictum retinendae possessionis*.²⁷² Hunter laat deze vraag onbesproken.

Maar er speelt nog een andere vraag. Volgens Hunter was het een zaak van essentieel belang om de peregrijnen de bescherming te verlenen die Romeinse eigenaren aan de wet ontleenden. Daarmee was volgens hem het handelsbelang

²⁶⁸ Hunter 1903, p. 371: ‘But it was very different in the case of moveables, which might pass through several several hands rapidly without our knowledge. In effect, therefore, the interdict *Utrubi* was based on a short prescription of six months, and, as in usucapion, an *accessio temporis* was allowed (G. 4,152.) All this is easily understood, if we look upon the Interdict *Utrubi* as intended to establish a kind of ownership; (...)’

²⁶⁹ Zie hierboven, p. 42 e.v.

²⁷⁰ Zie hierboven mijn noot 145.

²⁷¹ Bruns 1874, p. 172: ‘[het interdict *utrubi*, *HHR*] ... war vollständig eine absolute Vindication aus dem relativen längeren Besitze.’

²⁷² Zie in dit verband ook mijn noot 94.

van de republiek gediend. Maar als het motief voor de invoering van het interdict *utrubi* de bescherming van de roerende zaken van peregrijnen was, dan vormt de bescherming van goederen die handelaren naar Rome meebrengen maar één kant van de medaille: een consequente regeling dient de peregrijn óók bescherming te bieden tegen aanspraken van niet-rechthebbenden op de roerende zaken die hij in Rome verworven heeft. Het gebruik van het middel van verjaring voor dit doel lijkt ondeugdelijk, ook wanneer er bijtelling van de bezitstermijn plaatsvindt. Een voorbeeld: een dief bestelt een andere dief en wenst zijn buit snel van de hand te doen. Hij ontmoet een peregrijnse handelaar en verkoopt en levert hem de zaak. De bestolen dief traceert zijn zaak bij de peregrijn en stelt een interdictenprocedure in waarin hij aantoont dat hij de zaak langer heeft bezeten dan de peregrijn en de verkopende dief samen.²⁷³ De zaak zal hem toegewezen worden, zelfs als tijdens de procedure blijkt dat hij de zaak door diefstal heeft verkregen en er geen enkel recht op kan laten gelden. De *praetor* zou, kortom, een systeem ter bescherming van peregrijnen ontworpen hebben waarin deze uit hun te goeder trouw in Rome verworven bezit gezet konden worden niet alleen door de bestolen eigenaar, maar ook door personen die geen enkel recht op de zaak konden gelden, zoals rovers en dieven. En uit de instandhouding van dit systeem zouden we mogen afleiden dat het nog voldeed ook! Dat komt me onwaarschijnlijk voor.

Het verweer van gebrekkig bezit. Uit de bronnen bleek dat de zogeheten *exceptio vitiosae possessionis* oorspronkelijk geen deel uitmaakte van de bewoordingen van het interdict voor roerende zaken²⁷⁴ en in de literatuur wordt ook betwijfeld of ze oorspronkelijk deel uitmaakte van het interdict voor onroerende zaken.²⁷⁵ Hunter besteedt weinig aandacht aan dit punt. Uit zijn betoog blijkt dat hij aanneemt dat bij onroerende zaken het verweer van gebrekkig bezit in ieder geval was opgenomen voor wat hij aanduidt als ‘de laatste fase’: die waarin de interdicten gebruikt werden ter voorbereiding van het eigendomsproces.²⁷⁶ Hunter geeft geen verklaring voor de toevoeging van het

²⁷³ De bijtelling van de bezitstermijn lijkt geen functie te vervullen wanneer het gaat om roerende goederen die de peregrijn met zich meeneemt naar Rome: welk doel dient het bewijs van een eerdere bezitswisseling elders en hoe bewijst men dat ten overstaan van de *praetor*? Voor wat betreft de in Rome verworven goederen lijkt de bijtelling alleen te verhinderen dat de zaak onder de peregrijn wordt opgeëist door dezelfde persoon die hem de zaak verkocht en geleverd heeft. Men kan zich afvragen of er in een dergelijk geval behoefte aan bijtelling bestaat: zou een simpel retentierecht totdat de koopprijs werd terugbetaald niet hebben volstaan?

²⁷⁴ Zie hierboven, p. 27.

²⁷⁵ Zie hierboven, p. 25.

²⁷⁶ Hunter 1903, p. 365: ‘In the technical language of the law, B’s possession [van een onroerende zaak, *HHR*] was *injusta* or *vitiosa*, and therefore undeserving of support. (...) When we turn to the latest phase of Roman law we find that the only use ascribed

verweer van gebrekkig bezit aan de bewoordingen van het interdict voor roerende zaken.

Mijn onderzoek toont aan dat Hunters theorie niet in staat is alle vraagpunten van de invoering van de bezitsinterdicten overtuigend te verklaren. Wel geeft hij een verklaring voor de uitsluiting in het interdictenproces van het verweer van eigendom, de *exceptio dominii*. Die uitsluiting vloeide volgens Hunter voort uit het gegeven dat de bescherming van bezit zich onafhankelijk van die van de eigendom heeft ontwikkeld en dat de Romeinen aan deze onafhankelijkheid zouden hebben vastgehouden ook toen het oorspronkelijke doel vervangen werd door een politioneel en processueel doel.²⁷⁷ Andere aanhangers van de zakelijke verklaring, bijvoorbeeld Bruns, rangschikken bezit zonder meer in verhouding tot eigendom en verjaringsbezit.²⁷⁸ Maar dan loopt men stuk op de historische uitsluiting van het verweer van eigendom in de interdictenprocedure. Die uitsluiting is zinvol wanneer men aanneemt dat de invoering een processueel of politioneel doel dient, maar is onverenigbaar met een verklaring gebaseerd op een rangschikking van zakelijke rechten. Zelfs Drucker, een zelfverklaard aanhanger van Bruns' theorie,²⁷⁹ geeft toe dat daarin de uitsluiting van het verweer van eigendom eigenlijk niet logisch te plaatsen is.

to the Interdicts *Uti possidetis* and *Utrubi* was to determine a question of possession as preliminary to an action to recover property.'

²⁷⁷ Vgl. Hunter 1903, p. 363-364: 'To a modern jurist, adverse possession – the temporary and abnormal separation of the enjoyment of property from the title to it – is the only possession with which he is concerned: and he, therefore, comes to the consideration of Roman law with the unsuspecting conviction that it was for the benefit of adverse possessors that the Possessory Interdicts were introduced. What is true of modern writers is to a very large extent, if not equally, true of the Roman jurists in the classical period of Roman law. Paul or Papinian had probably no occasion to invoke the aid of Interdicts except for adverse possessors, or for owners who preferred to use the possessory remedy instead of proceeding on their title. If there had never been anything more than this, it would be indeed impossible to understand the crotchets or reconcile the inconsistencies of the Roman law of Possession.'

²⁷⁸ Vgl. Bruns 1874, p. 289: 'Also beide haben kein eigentliches und absolutes Recht, sondern nur eine größere oder geringere Potiorität, Vorzug vor andern: der einfache Besitzer geht dem Nichtbesitzer vor, der titulierte Besitzer dem einfachen, der Eigenthümer geht allen vor. Das Princip ist dabei offenbar folgendes: Das Eigenthum ist zwar das einzige eigentliche und volle Recht an der Sache mit absolutem Schutze, allein sofern es niet in Frage steht oder nicht erwiesen ist, müssen einstweilen relativ auch die geschützt werden, die wenigstens einzelne Elemente der Eigenthumserwerbes für sich haben, nicht weil man dann das übrige vermuthet und daher im Besitzer den wahrscheinlicher Eigenthümer schützen will, sondern weil, wer einzelne Elemente des Eigenthums hat, besser (potior) ist, mehr Recht hat, als die, die dies nicht haben. Die äußeren Elemente des Eigenthumserwerbes sind aber bekanntlich Titel und Besitz, folglich hat der titulierte Besitzer mehr Recht als der einfache, und der einfache Besitzer mehr Recht als der Garnichtbesitzer.'

²⁷⁹ Drucker 1881, p. 378.

Drucker meent dan ook dat in het wenselijke positieve recht, het *ius constituendum*, deze uitsluiting geschrapt dient te worden.

Wat tegen BRUNS door RANDA (§ 8 nt. 11a) en door WINDSCHEID (§ 148 nt. 6) is aangevoerd, is althans uit het oogpunt van het *jus constituendum*, niets anders dan een *petitio principii*. Zij zeggen: die theorie stuit af op de uitsluiting van de *exc. dom.* in de Romeinse bezitsleer. Maar het is juist de vraag, of die uitsluiting rationeel is en past in de consequente ontwikkeling van het eens aangenomen stelsel.²⁸⁰

²⁸⁰ Drucker 1881, p. 379, noot 1.

§ 4 Conclusie

Dit hoofdstuk had als doel het uiteenzetten van de juridische constructies van het Romeinse recht op het gebied van bezitsbescherming. De behandeling vond plaats aan de hand van de vraag naar de ontstaansgeschiedenis van deze bescherming, in het bijzonder die van de twee zogeheten bezitsinterdicten: *uti possidetis* en *utrubi*. De literatuur dateert het ontstaan van deze twee interdicten rond de derde en tweede eeuw voor het begin van onze jaartelling, een periode waarin het Romeinse recht zijn archaïsche vorm verloor en de rechtswetenschap zich begon te ontwikkelen.

Mijn onderzoek trachtte vanuit de drie door Van Oven onderscheiden functies van bezitsbescherming door te dringen tot de ontstaansgeschiedenis van de interdicten. Door deze drie functies te koppelen aan drie verklaringen voor het motief van de *praetor* om de interdicten in te voeren werd een tijdsbeeld verkregen dat vervolgens getoetst werd aan de hand van bronnen en literatuur. Al snel werd duidelijk dat elk van de drie verklaringen de ontstaansgeschiedenis van de bezitsinterdicten verbond aan de ontwikkeling van het Romeinse recht van eigendom. Ze legden een negatief verband tussen de bezitsinterdicten en de eigendom: het zelfstandige bestaan van de interdicten wijst erop dat zij voorzagen in een behoefte die niet bevredigd werd door de eigendomsprocedures. Elke verklaring richtte zich echter op een ander aspect van de eigendom. De processuele verklaring ziet het motief voor de invoering gelegen in de overgang van de – tweezijdige – *legis actio sacramento in rem* naar opeisingsprocedures als de *sponsio praeiudicialis* en de *formula petitoria* die onderscheid maken tussen de positie van eiser en gedaagde. De politionele verklaring ziet het motief gelegen in de wens van de staat om naast het recht van eigendom ook feitelijke machtsposities te beschermen tegen inbreuken. De zakelijke verklaring tenslotte ziet in de invoering van bezitsinterdicten een poging om bepaalde vormen van feitelijke macht te verheffen tot een recht dat kenmerken vertoont van het Romeinse eigendomsrecht.

Uit het onderzoek van de verklaringen bleek dat iedere verklaring voor het ontstaan van de bezitsinterdicten nog vragen oproept.

De processuele verklaring en de zakelijke verklaring hebben gemeen dat zij het interdict *utrubi* beschouwen als tegenhanger van het interdict *uti possidetis*. Volgens deze verklaringen waren beide interdicten vanaf hun ontstaan gericht op bezit: het interdict *utrubi* betekent voor het bezit van roerende zaken hetzelfde als wat *uti possidetis* betekent voor het bezit van onroerende zaken. Maar de bewoordingen van het verbod *utrubi* spreken niet van bezit, maar van ‘bij wie de zaak het langst is geweest’. Dit wordt wel gezien als aanwijzing dat het interdict is ingevoerd in een tijd dat de notie van ‘bezit’ van roerende zaken

nog niet bestond. Als dit het geval is, dan is het interdict logischerwijze ook niet uitgevaardigd met het doel om te beslissen over het bezit van roerende zaken. Evenmin kan het dan beschouwd worden als de pendant van *uti possidetis*, dat zich blijkens onze bronnen vanaf het begin op bezit richtte.

De politionele verklaring geeft een geloofwaardige verklaring voor de invoering van het interdict *uti possidetis*, maar is niet in staat om die van *utrubi* te verklaren. Dernburg, een van de grondleggers van de politionele theorie, bevestigt dat beide interdicten onmiskenbaar in vorm verwant zijn, maar hij beschouwt *utrubi* als een groot raadsel en betwijfelt of het oorspronkelijke doel ooit achterhaald wordt. Desalniettemin onderneemt Dernburg een poging om het interdict te verklaren, maar hij tekent daarbij aan dat hij slechts een vermoeden uit, waaraan hij geen verdere gevolgtrekkingen wenst te verbinden. Andere schrijvers hebben wel een op het interdict toegespitste verklaring willen aan dragen: ik onderzocht die van Cuq, Daube en Pugsley. Ik stelde vast dat Cuqs verklaring van het ontstaan van *utrubi* als een interdict voor het wegleiden van slaven onvolkomenheden en lege plekken bevat. Pugsleys theorie, die een verband legt tussen bezitsbescherming van roerende zaken en verjaring, gaat niet in op alle vraagpunten en dient eigenlijk vooral ter onderbouwing van zijn theorie dat de heersende leer de *lex Atinia* verkeert uitlegt. Daube stelt dat er oorspronkelijk helemaal geen verband bestond tussen de interdicten *uti possidetis* en *utrubi*. *Utrubi* zou pas later de vorm van een bezitsinterdict hebben aangenomen: oorspronkelijk was het louter een verbod op het gebruik van geweld bij het wegleiden van het omstreden object door de winnaar.

Een vraag die zowel de processuele, de politionele en de zakelijke verklaring onbeantwoord laten is de vraag waarom de *praetor* ervoor koos om de regeling in twee afzonderlijke interdicten neer te leggen. Justinianus bewees dat het ook simpeler kan: hij trok de werking van de interdicten gelijk. In de literatuur treft men vaak de mening aan dat roerende zaken een apart interdict vereisten omdat deze zaken sneller van bezitter wisselen. Ik acht deze verklaring onbevredigend, vooral wanneer men voor ogen houdt dat de l.a.s.i.r., waarvan de literatuur aanneemt dat die model heeft gestaan bij de vormgeving van de interdicten, inzetbaar was zowel voor roerende als onroerende zaken. Kennelijk vormden de snelle bezitswisselingen van roerende zaken geen belemmering voor de werking van deze rechtsvordering, waarom zou dat dan wel het geval zou moeten zijn bij *utrubi*? Overigens is het niet aannemelijk dat het vanaf de invoering van de interdicten reeds mogelijk was geweest de interdicten gelijk te trekken, het ligt meer voor de hand dat dit pas mogelijk werd door een wijziging van *utrubi*. Maar de enige verandering waarvan onze bronnen melden maken is de opname van het verweer van gebrekkig bezit. Dit verweer schijnt pas later, vanuit het interdict *uti possidetis*, zijn weg naar de bewoordingen van het verbod van *utrubi* gevonden te hebben. In mijn onderzoek heb ik bij de aanhangers van

de processuele en zakelijke functie geen uitwerking van deze ontwikkeling aangetroffen, terwijl de meeste aanhangers van de politionele verklaring weinig weten aan te vangen met het interdict *utrubi*.

Daube draagt wel een verklaring aan. Hij ziet de rechtvaardiging van de afzonderlijke invoering van het interdict *utrubi* gelegen in het feit dat men zich veel sneller van roerende zaken meester kan maken dan van onroerende zaken. Bescherming van de meest recente ‘bezitter’ van roerende zaken zou daarom tot onaanvaardbare resultaten leiden: het zou diegene beschermen die vlak voor de uitvaardiging van het interdict de zaak in zijn macht had weten te brengen. Daarom werd gekozen voor de behoudende maatstaf ‘het langst geweest zijn’ bij. Maar toen men eenmaal ook aan het interdict *utrubi* het verweer van gebrekkig bezit toevoegde kon deze maatstaf aan de kapstok worden gehangen: een dergelijke toeëigening vormde daarna immers niet langer een bedreiging voor de oorspronkelijke machthebber. Nu dit eenmaal helder was, konden de juristen vervolgens de laatste stap zetten naar gelijktrekking van de maatstaven van de interdicten *uti possidetis* en *utrubi*.

Een punt van orde was verder waarom de Romeinse juristen de bezitsinterdicten indeelden als interdicten tot behoud van bezit, *interdicta retinendae possessionis*. Ik vermeldde dat aanhangers van alle drie verklaringen deze classificatie terzijde schoven, daarmee de Romeinse juristen corrigerend, want het interdict *utrubi* diende volgens hen ter *herkrijging* van bezit. Hun afwijzing van de oorspronkelijke indeling varieert van mild: een ‘gelijktijdige toevalligheid’ (Savigny); ‘not strictly accurate’ (De Zulueta); ‘niet te letterlijk opvatten’ (Van Oven); ‘meestal anders’ (Bruns) tot hard: ‘slordig (Pflüger) en ‘ontoereikend’ (Schmidt).

Daube verzet zich tegen deze, heersende, opvatting in zijn opstel over de indeling van de interdicten. Hij betoogt dat het interdict *utrubi* wel degelijk getypeerd dient te worden als een interdict tot behoud van bezit. De mening dat men met dit interdict verloren ‘bezit’ kan herwinnen berust volgens hem op een historisch verklaarbare, maar foute interpretatie van het oudere recht door Theophilus. Voor Theophilus, die vele eeuwen leefde na het ontstaan van de bezitsinterdicten – hij had nog meegeholpen aan de samenstelling van het *Corpus Iuris Civilis* van keizer Justinianus – was het niet meer dan vanzelfsprekend om ‘geweest zijn bij’ *a contrario* te interpreteren als bezitsverlies. Dat is volgens Daube echter een foute lezing en hij betoogt dat, zodra men Theophilus uit de vergelijking haalt, het duidelijk wordt dat het interdict *utrubi* diende tot behoud van een relatieve – tegenover de wederpartij – bestaande machtspositie.

Bij een weging van deze uitkomsten blijkt dat Daube’s theorie over de oorsprong van het interdict *utrubi* beter in staat is om onze vragen over dit interdict

te beantwoorden dan de processuele of zakelijke verklaring. Ze verdraagt zich echter niet met deze verklaringen, omdat beide ervan uitgaan dat de bezitsinterdicten zijn ingevoerd als een systeem voor roerende en onroerende zaken. Daarentegen verdraagt ze zich uitstekend met de politionele verklaring, omdat die eigenlijk volledig gericht is op het interdict *uti possidetis*. En ook al is *utrubi* volgens Daube oorspronkelijk geen bezitsinterdict omdat de notie van bezit ontbrak en ook al spreekt Daube zich nergens expliciet uit over een functie van het interdict, het is toch duidelijk dat ook hij het interdict beschouwt als een bescherming tegen ongeoorloofd eigenmachtig optreden.

Ter beantwoording van mijn onderzoeksvraag naar het ontstaan van de bezitsbescherming van het Romeinse recht zie ik die voor wat betreft het ontstaan van het interdict *uti possidetis* gelegen in de politionele verklaring, die tegenwoordig ook de heersende leer is. Voor het ontstaan van *utrubi* sluit ik mij aan bij de theorie van Daube, die men vanwege haar inhoud wel kan aanduiden als de ‘wegleidverklaring’. Ik meen dat deze beide verklaringen ook uitstekend passen in het ontwikkelingsbeeld van het Romeinse recht. Uit deze interdicten hebben de juristen vervolgens het bezitsbegrip ontwikkeld en verfijnd. Men spant het paard achter de wagen wanneer men uitgaat van een al volledig ontwikkeld bezitsbegrip bij de *praetor* toen hij de interdicten invoerde.

2 Het oude vaderlandse recht

‘Deze bezitsbescherming [*actio spoli*, *HHR*] werd van het eigenlijke zaaksbezit ver-ruimd naar de uitoefening van rechten die een blijvend gebruik toestonden: op kerkelijke ambten en provenienschappen, op gezagsrechten zoals rechtsmacht, maar ook op rechten die wij tegenwoordig als grondlasten zouden aanmerken, ja zelfs op de rechten van ech-telieden op de huwelijksgemeenschap (*quasi-possessio*). Door deze ontwikkeling was de bezitsbescherming in het middeleeuwse recht tot een bijna universeel rechtsmiddel geworden.’²⁸¹

H. Coing

‘§ 1. Niewichede is den troubel ofte belet datmen yemant doet by feyte in zijn poffessie.
§ 4. *T’fondament van dese practijke (die den nieuwen Advocaten versch vander scholen commende/vreemde is om te practiqueren) is saisine. Dwelcke een woordt is ofte terme onbekent ende niet geuseert in rechte noch in andere landen* [cursivering, *HHR*].

§ 5. Ende zy houden dat saisine is een poffessie van rechte / commende ende spruytende vuyt dry manieren van possessie ofte tijtlen/ te weeten vuyt successie / vuyt ghifte / ende vuyt occupatie.’²⁸²

Ph. Wielant

Inleiding

Dit hoofdstuk bevat het verslag van een rechtshistorisch en rechtsvergelijkend onderzoek naar de bezitsbescherming in onze contreien vanaf de Middeleeuwen tot de inwerkingtreding van de eerste nationale codificatie.

Drie verschillende rechtsstelsels beïnvloedden in deze periode de bezits-bescherming. Ten eerste dat van het Romeinse recht: dit stelsel beschermde *possessio* door middel van bezitsinterdicten. Het Romeinse recht vormde het onderwerp van het vorige hoofdstuk en zal in dit hoofdstuk dienen als vergelijkingskader voor de andere twee rechtsstelsels.

Een tweede rechtsstelsel dat invloed heeft uitgeoefend op de bezits-bescherming is dat van het canonieke recht: dit stelsel beschermde de feitelijke heerschappij door middel van een rechtsmiddel dat terug te voeren is op de zogeheten *canon redintegranda*. Het rechtsmiddel zou onder uiteenlopende benamingen zijn weg naar het wereldlijke recht vinden. In Frankrijk staat de actie bekend als ‘réintégrande’, in Nederland als ‘mandament van spolie’ en in Duitsland als ‘actio spoli’. Drucker verwoordde haar doel als volgt: ‘De actie beoogt herstel tegen het formele onrecht, dat begaan wordt door hem, die eigen-machtig ingrijpt in eens anders rechtskring. Die rechtskring wordt bepaald door

²⁸¹ Coing 1985 (I), p. 278.

²⁸² Wielant 1573, I, Cap. viii, p. 37-38. Zie het volledige citaat bij mijn noot 570.

hetgeen een ieder feitelijk beheerst.²⁸³ Het criterium van feitelijke beheersing geeft de actie een groter toepassingsbereik dan de bezitsinterdicten. Om die reden is zij wel omschreven als ‘bijna universeel rechtsmiddel’.²⁸⁴ Bähr duidt het door de *actio spoli* beschermde object aan als *Realbesitz*, reëel bezit. *Realbesitz* kan inhoudelijk samenvallen met *possessio*, maar dit hoeft dus niet steeds het geval te zijn omdat *Realbesitz* iedere feitelijke heerschappij omvat, met inbegrip van houderschap.

Het inheemse recht van Germaanse oorsprong is het derde recht dat de bezitsbescherming heeft beïnvloed. Dit recht kende maar één verschijningsvorm van bezit: *gewere*, ook wel *saisine* genoemd. Dit bezitsbegrip valt moeilijk te duiden met behulp van het Romeinse recht: *gewere* bestrijkt niet alleen Romeinsrechtelijke eigendom, *dominium*, maar ook bezit, *possessio* en detentie, *naturalis possessio*. Wie de *gewere* had, werd juridisch beschermd door wat Huber aanduidt als *Defensivwirkung*: hij mocht niet zonder gerechtelijke last uit zijn *gewere* gewezen worden, zelfs niet als hij die *gewere* zelf onrechtmatig verkregen had.

Het canonieke en inheemse recht hebben hun sporen nagelaten in de inrichting van de bezitsbescherming in het algemeen en in de rechtsmiddelen in het bijzonder. Dit hoofdstuk kent dan ook twee doelen. Het eerste doel is het blootleggen van de geschiedenis en beginselen die aan de bezitsbescherming van deze twee rechtssystemen ten grondslag liggen en het uiteenzetten van de wijze waarop men op de universiteiten heeft geprobeerd de systemen te harmoniseren met het Romeinse recht. Hiertoe dient de eerste paragraaf. Het tweede doel is het uiteenzetten en ontleden van drie bezitsacties die in de Lage Landen gebruikt werden in de periode voorafgaand aan de codificaties: het *mandament van spolie*, het *mandament van complainte* en het *mandament van maintenue*. Dit vindt plaats in de tweede paragraaf.

Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting en conclusies.

²⁸³ Zie het volledige citaat bij mijn noot 326.

²⁸⁴ Vergelijk het citaat van Coing boven dit hoofdstuk.

§ 1 Bezit en bezitsbescherming in de Middeleeuwen

1.1 Uitgangspunt: het Romeinse recht en zijn *possessio*

In het hoofdstuk over het Romeinse recht is uiteengezet dat het Romeinse bezitsbegrip zijn ontstaan dankt aan de beschermingsmaatregelen die de *praetor* invoerde voor roerende en onroerende zaken om de bestaande toestand ten aanzien van deze zaken te handhaven.

Deze directe band tussen het bezit en zijn bescherming verzwakte toen de aanduiding *possessio* een algemenere strekking kreeg omdat men het ook aanving te gebruiken bij verkrijgende verjaring. Het woord, dat aanvankelijk alleen gebruikt werd ter aanduiding van in bezit genomen stukken grond maar een algemenere betekenis kreeg toen men het verbond met roerende zaken, absorbeerde vervolgens wat vanouds bekend stond als *usus*.²⁸⁵ Hierdoor verschoof het zwaartepunt andermaal. Om verjaringsbezit te beschermen introduceerde de *praetor* zelfs een aparte actie, de *actio Publiciana*. Zij heeft echter meer gemeen met de bescherming van de eigendom dan met de oorspronkelijke bezitsbescherming.²⁸⁶

In een latere fase is het bezitsbegrip nog verder opgerekt, namelijk toen men naast bezit van roerende en onroerende lichamelijke zaken ook bezit van rechten – rechtsbezit of *quasi possessio* – mogelijk achtte.²⁸⁷ Deze verandering diende zich al aan in de Romeinse keizertijd,²⁸⁸ maar zette zich definitief door na de val van het Westromeinse rijk, met name onder invloed van de zogeheten *actio spoli* van het canonieke recht en door de versmelting van het Romeinse zakenrecht met inheems gewoonterecht van Germaanse oorsprong.

De versmelting van rechtsstelsels leidt tot de voor de hand liggende vraag wat men nu precies onder ‘bezitten’ moet verstaan: het Romeinsrechtelijke *possidere*, het hieronder nog uiteen te zetten zogeheten *Realbesitz* van de *actio spoli*, of het *besittan* (*sizan*) uit het inheemse recht, waarmee de term *saisine* verbonden is? De wijze waarop men deze vraag beantwoordt heeft namelijk gevolgen voor de inrichting van de bezitsbescherming. Deze ontwikkelingen en vraagpunten vormen het onderwerp van de volgende paragrafen.

²⁸⁵ Kaser 1956, p. 313 e.v (§38); Kaser 1971, p. 140 e.v. (§36).

²⁸⁶ Zie Gaius 4,36. In dezelfde zin: Zwalve 2006, p. 104; Zwalve 1978 (*WPNR* # 5429), p. 217. Zie ook Jansen 2011, p. 34 e.v.

²⁸⁷ Zie over *quasi possessio* bijv. Van Oven 1948, p. 138 (# 69). In de literatuur wordt dit rechtsbezit ook aangeduid als *quasi iuris possessio* of servitutenbezit. Zie ook noot 308.

²⁸⁸ Zie over het bezit van rechten nader Van Oven 1905, p. 156 e.v.; Windscheid 1906 (I), p. 754; Dernburg 1896 (I), p. 448 e.v.; Savigny 1865, p. 472 e.v.

1.2 Het canonieke recht: *condictio ex canone redintegranda*

De regel *spoliata ante omnia redintegranda*, ‘het geroofde moet vóór alles teruggegeven worden’, stamt uit de Middeleeuwen.²⁸⁹ Toen ontwikkelde het canonieke recht de zogeheten *condictio ex canone redintegranda*, waaruit een rechtsmiddel geboren werd dat onder uiteenlopende benamingen zijn weg naar het wereldlijke recht zou vinden. In Frankrijk staat het bekend als ‘réinté-grande’, in Nederland als ‘mandament van spolie’ en in Duitsland als ‘actio spoli’.²⁹⁰ Drucker omschrijft deze actie als ‘de civielrechtelijke uitdrukking van de regel: eigenrichting is verboden’.²⁹¹ Het opvallendste aan deze actie is dat ze geen bezit (*possessio civilis*) vereiste: ze stond ook aan detentoren ten dienste.²⁹²

Wat is nu de achtergrond van deze *actio spoli*? Het rechtsmiddel is afgeleid uit *canones*, regels van kerkelijk recht.²⁹³ Een deel van dit kerkelijke recht is rond het midden van de twaalfde eeuw verzameld door de monnik Gratianus, die de regels bijeenbracht in het boek dat bekendstaat als het *Decretum*. In dit *Decretum* vindt men onder meer een aantal pauselijke beslissingen over de rechtspositie van bisschoppen.²⁹⁴ Meer dan dertien hebben betrekking op de toekenning aan bisschoppen van de zogeheten *exceptio spoli*, m.a.w. het verweer van beroving.²⁹⁵ De invoering van dit verweer houdt verband met het

²⁸⁹ Zie m.b.t. dit adagium, dat ook wel verwoord wordt als *Spoliatus ante omnia restituitur* en *Spoliatus ante omnia restituendus*, ook hieronder, p. 416.

²⁹⁰ Zie Kleyn 1986, p. 73 e.v.; Kleyn 1992, p. 548-549.

²⁹¹ Drucker 1888, p. 549. Drucker ontleent de zin vermoedelijk aan Bähr 1883, p. 42, die overigens niet het woord ‘Selbsthülfe’ gebruikt, maar ‘Eigenmacht’ (zie hieronder mijn noot 319).

²⁹² Kleyn 1992, p. 549. Zie voor haar kenmerken hieronder, p. 84 e.v.

²⁹³ Zie over de *canones* en over het volgende Lokin en Zwolve 2001, p. 123 e.v. De regels worden met gebruikmaking van het Griekse woord κανών (= meetlat) aangeduid als ‘canones’, dat wil zeggen ‘regels’ (Lat. *regulae*).

²⁹⁴ Het zijn pauselijke beslissingen uit de zogeheten pseudo-isidorische decretalen, die overigens voor een groot deel vervalsingen zijn. Een lijvige bespreking van deze decretalen vindt men in het artikel van Emil Seckel *sub* “Pseudoisidor” in de *Realencyklopädie für protestantische Theologie und Kirche*, Band 16, 1905, p. 265-307. Het artikel is ook beschikbaar via <http://www.benedictus.mgh.de/studien/seckel/pseudoisidor.htm> (geraadpleegd 27 januari 2011). Seckel kwalificeert de pseudo-isidorische decretalen als ‘die kühnste und großartigste Fälschung kirchlicher Rechtsquellen, die jemals unternommen worden ist und durch die Welt Jahrhunderte hindurch hat täuschen lassen.’ (p. 267). Als hoofddoel van de vervalsingen noemt hij (p. 289): ‘die Emanzipation des Episkopats sowohl von der weltlichen Gewalt als von dem überragenden Einfluß der Metropolit und Provinzialsynoden’. Dit is zeker het geval bij de in hoofdstuk besproken *canones* gericht op herstel, *redintegranda*. Met de opname van de pseudo-isidorische decretalen in het *Decretum* van Gratianus zou de aanvaarding ervan een onherroepelijk feit zijn geworden (p. 292).

²⁹⁵ Seckel 1905 (16), p. 280. Zie verder Von Savigny 1865, p. 509 (§ 50) noot 2; Dernburg 1896 (I), p. 445 e.v. (§ 188); Vuye 1995, p. 182 e.v.

historische gegeven dat in de Middeleeuwen bisschoppen vaak als speelbal gebruikt werden door de wereldlijke macht: vorsten verdreven hen onwelgevallige bisschoppen en roofden vervolgens hun bisdommen leeg, waarna de aldus machteloos gemaakte geestelijken werden vervolgd in showprocessen.²⁹⁶

De pauselijke regelgeving verleende een bisschop die was aangeklaagd en verdreven of van zijn goederen en inkomsten beroofd een beroep op de *exceptio spoli*.²⁹⁷ Hiermee bereikte de bisschop dat hij pas op een aanklacht hoefde te antwoorden nadat hij weer in zijn ambt hersteld was en weer kon beschikken over zijn goederen en inkomsten. Het verweer leidde tot stopzetting van het proces, dat pas weer voortgezet kon worden nadat herstel in oude toestand, de zogeheten *redintegranda*, had plaatsgevonden.²⁹⁸

Nadat bisschoppen van hun zaken zijn beroofd, of van hun eigen bisschopszetels zijn verwijderd, moeten alle zaken die hun zijn afgenomen op grond van de wet worden teruggegeven, omdat hun geen enkele misdaad kan worden tegengeworpen voordat dit is gebeurd.²⁹⁹

²⁹⁶ Vgl. Seckel 1905, p. 283-284: 'Das einheitliche Zusammenarbeiten von Staat und Kirche unter Karl der Große war unter seinem Nachfolger einem Antagonismus zwischen der weltlichen und geistlichen Amtsaristokratie gewichen. Wirre Zustände waren als Folge der Bürgerkriege unter Ludwig der Fromme und seinem Söhnen eingerissen. Der Episkopat insbesondere war im Strudel der politischen und bürgerlichen Kämpfe in Not und Bedrängnis, in schutzlose Abhängigkeit von der weltlichen Macht geraten. Die Bischöfe befürchteten falsche Anschuldigungen u.a. aus habstüchtigen Motiven: multi idcirco alios accusant, ut se per illos excusent aut eorum bonis ditentur (Ps. Praef.). Es waren i.J. 818 Theodulf von Orléans, 830 Jesse von Amiens, 835 Ebo von Reims und Agobard von Lyon abgesetzt worden; 835 verließen aus Furcht vor der Rache des Kaisers Bartholomäus von Narbonne, Herebold von Auxerre, Jesse von Amiens und Burchard von Vienne ihre Sitze. Die Reichssynoden, vor die der König die auf den Tod anzuklagenden Bischöfe stellte, waren ad hoc aus beliebigen Bischöfen (statt aus den Komprovinzialen) zusammengesetzt und fällten, weil aus politischen Gegnern bestehend, parteiische Sentenzen.' Zie ook: Kleyn 1986, p. 83.

²⁹⁷ Zie voor het volgende Seckel 1905, p. 280.

²⁹⁸ Het herstel in oude toestand is niet alleen bedoeld om het aanklagen van een bisschop moeilijker te maken, volgens een lange tijd aan paus Damasus I (ca. 305-384) toegeschreven brief zou het tevens een rechtvaardiger oordeel garanderen. Ook deze brief van paus Damasus aan aartsbischop Stephanus, via internet beschikbaar op: <http://www.pseudoisidor.mgh.de/html/144.htm> (geraadpleegd 1 febr. 2011) behoort echter tot de pseudoisidorische vervalsingen (zie noot 294). Alleen volledig hersteld in zijn persoonlijke vrijheid, zijn invloed, zijn ambtswaardigheid en zijn materiële machtsmiddelen kan de bisschop, na voltooiing van een maanden durende afkoelingsperiode, de aanklacht van grote vijanden goed toegerust tegemoet treden. Seckel 1905, p. 280, verwijzend naar de eerdergenoemde brief van paus Damasus.

²⁹⁹ *Decretum* van Gratianus – Causa III Quaestio I canon 1 *Episcopis*: Episcopis suis rebus expoliatis uel a propriis sedibus eiectis omnia, que eis ablata sunt, legibus sunt redintegranda, quia priusquam factum fuerit hoc, nullum crimen eis obici potest. De canon *Redintegranda* treft men vervolgens aan in CIII, Qu. I c.1: Redintegranda sunt

Uit dit verweer (van beroving) ontwikkelde zich vervolgens de *actio spoli*, een middel om rechtstreeks herstel in oude toestand te vragen.³⁰⁰ Vanaf de twaalfde eeuw stond deze actie ook aan niet-geestelijken ter beschikking.³⁰¹

Er ontstonden echter problemen toen rechtsgeleerden het middel probeerden in te passen in het kader van de Romeinse bezitsinterdicten. Deze poging lag voor de hand, omdat de Rooms-Katholieke kerk krachtens het personaliteitsbeginsel het Romeinse recht hanteerde: *ecclesia romana vivit lege romana*.³⁰² De kerk kon hiervan echter afwijken: als zij eigen regelgeving had uitgevaardigd, dan gaf ze die vanzelfsprekend voorrang.³⁰³ Romeinsrechtelijk geschoolde juristen beschouwden de *actio spoli* als een uitbreiding van het interdict *Unde vi*, oftewel ‘Vanwaar met geweld’, dat gebruikt kon worden bij gewelddadige ontzetting uit het bezit.³⁰⁴ Maar er bestaan niet minder dan vijf verschilpunten tussen het interdict en de middeleeuwse *actio spoli*.³⁰⁵

Het belangrijkste verschil is al aangegeven: de *actio spoli* staat niet alleen ter beschikking van de bezitter, ook een detentor mag het middel inroepen. Een tweede verschil vinden we in de persoon van de gedaagde. Bij het interdict *unde vi* kan de eiser alleen de rover dagen, bij de *actio spoli* kan men ook een persoon dagen die niet zelf heeft geroofd, maar er wel kennis van had: de *spoli conscius*. Deze uitbreiding is afkomstig van paus Innocentius III (ca. 1160-1216). In de canon *Saepe* breidde Innocentius de *actio spoli* uit tot degene die de zaak ter kwader trouw aannam.³⁰⁶ Overigens vermeldt Bruns dat sommige

omnia ex spoliatis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum, et in eo loco unde abscesserant, funditus revocanda quacumque conditione temporis aut captivitate, aut dolo, aut violentia malorum, et per quascumque injustas causas, res ecclesiae vel proprias, id est suas substantias perdidisse noscuntur (ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum).

³⁰⁰ Bähr 1888, p. 283 e.v.; Kaser-Wubbe 1971, p. 107 (§ 21); Van Neste 1990 (V), p. 390.

³⁰¹ Van Neste 1990 (V), p. 390: ‘Vanaf de twaalfde eeuw staat de *actio spoli* werkelijk open voor iedereen. Men kan er op twee wijzen gebruik van maken: ofwel kan de verdrevene de *exceptio spoli* inroepen en vraagt zijn bezit terug vóór het proces over de grond van de zaak, ofwel hij treedt als eiser op om voor een rechtbank zijn bezit terug te eisen (*condictio ex canone redintegranda*).’

³⁰² Lokin en Zwalve 2006, p. 166; Kleyn 1986, p. 73 e.v.

³⁰³ Lokin en Zwalve 2006, p. 122 e.v.

³⁰⁴ Bruns 1848, p. 213; Windscheid 1900, p. 731 e.v. (§ 162; 162a).

³⁰⁵ Bruns 1848, p. 213-214. Vgl. Von Savigny 1865, p. 511-512 (§50); Windscheid 1900, p. 732 (§162a); Dernburg 1896 (I), p. 445 e.v. (§ 188). Ook Müller 2010, p. 23 e.v. vergelijkt de *actio spoli* en het interdictum *unde vi*, zij noemt ook nog de verjaringstermijn: ‘Anders als für die römischen Interdikte galt für die Spolienklage auch keine Jahresfrist; sie verjährte vielmehr erst nach 30 Jahren.’ Zie ook noot 786.

³⁰⁶ X.2.13.18 *Saepe contingit*. DECRETALIUM D. GREGORII PAPAE IX LIBER SECUNDUS TITULUS XIII DE RESTITUTIONE SPOLIATORUM CAP. XVIII. *Recipiens scienter rem invasam a spoliatore, tenetur eam spoliato restituere, licet non probet dominium*. Idem in concilio generali. *Saepe contingit, quod spoliatus*

schrijvers de kring van mogelijke gedaagden nòg verder zouden willen uitbreiden.³⁰⁷ Een derde verschil vinden we in het beschermde object: het interdict *unde vi* heeft alleen betrekking op onroerende zaken, terwijl de *actio spoli* óók geldt voor het bezit van roerende zaken en zelfs het bezit van rechten, d.w.z. onlichamelijke zaken.³⁰⁸ Een vierde verschil bestaat erin dat het interdict *unde vi* slechts betrekking heeft op bezitsverlies door eigenmachtig optreden, terwijl de klacht uit de *actio spoli* bij elke soort van onrechtmatigheid ingesteld kan worden, dus ook bij dwang en bedrog en zelfs bij onvrijwillig bezitsverlies veroorzaakt doordat men een zaak kwijtraakt of doordat dieren weglopen of uitzwermen.³⁰⁹ Weliswaar diende de eiser in het laatste geval eigenlijk het middel te bewijzen, maar hij werd hierbij geholpen door het veel voorkomende en wijdverbreide vermoeden dat het verlies veroorzaakt was door beroving, althans

iniuste, per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoliato, commodo possessionis amisso, propter difficultatem probationum iuris proprietatis amittit effectum. Unde, non obstante iuris civilis rigore, sancimus, ut, si de cetero scienter rem talem receperit, quum spoliatori quasi succedat in vitium eo, quod non multum intersit, [praesertim] quoad periculum animae, iniuste detinere ac invadere alienum, contra possessorem huiusmodi spoliato per restitutionis beneficium succatur.

In de literatuur treft men ook wel de zienswijze aan dat *Saepe* een uitbreiding is van het Romeinsrechtelijke bezitsinterdict *Unde vi*. Ik laat deze kwestie buiten beschouwing, zie hierover nader Brandsma 2016, p. 23: '[The wording of caput *saepe*, *HHR*] more or less declares that it is a tort not just to seize possession, but also to refuse to hand it back when knowing it was someone else's while receiving it. This was read to mean the defendant had to have received possession in bad faith in order for the plaintiff to succeed. That meant the remedy spoken of was not available against a possessor or detentor in good faith. So, if *saepe* was a specification of *redintegranda*, it was more strict in its scope since *redintegranda* appeared to be available against a person acting in good faith as well. *Redintegranda* would have been restricted, but why, if the reason given for *saepe* was the rigour of the civil law? *Saepe* could also be read to be just an extension of the Roman law remedy of *unde vi*, a reading suggested by the reference to the rigour of the civil law. That reading, however, would rob it of its independent value, because *redintegranda* already went further. Both interpretations had their proponents throughout the ages. Both had their imperfections, but another way of making sense of both texts together seemed not to be possible. One of the proponents of the reading limiting the scope of *redintegranda* was Bartolus. Others, especially canonists, read *saepe* to be an independent remedy besides *redintegranda*, enlarging the scope of *unde vi*, but less extensive than *redintegranda*.'; Caterina 2004, p. 270, met lit. opg. in noot 21.

³⁰⁷ Namelijk tot alle personen die de zaak zonder rechtsgrond in het bezit hebben gekregen of zelfs tot alle bezitters, d.w.z. zelfs de bezitter te goeder trouw, de *bonae fidei possessor*. Bruns 1848, p. 214.

³⁰⁸ De notie dat men niet alleen bezitter van zaken maar ook van rechten kon zijn kwam in het Romeinse recht op in de keizertijd. In de literatuur wordt dit rechtsbezit ook wel aangeduid als *quasi possessio*, *iuris (quasi) possessio* en servitutenbezit. Zie over het bezit van rechten nader Van Oven 1905, p. 156 e.v.; Dernburg 1896 (I), p. 448 e.v.; Windscheid 1906 (I), p. 754.

³⁰⁹ Müller 2010, p. 24. Vgl. voor het Romeinse recht Gaius 2,68.

tegen wil en dank.³¹⁰ Tenslotte verschilt de *actio spoli* van het interdict *unde vi* op het punt van de verweermiddelen. Zo acht Bruns een verweer gebaseerd op eigendom, *exceptio dominii*, omstreden bij de *actio spoli*, maar uitgesloten bij het interdict *unde vi*.³¹¹

De verschillen tussen beide rechtsmiddelen zijn groot.³¹² Sommige schrijvers beschouwen de *actio spoli* daarom als een onzinnige uitbreiding van de reeds bestaande – Romeinse – bezitsbescherming. Zo kwalificeert Windscheid de uitbreiding van de bezitsbescherming in de Middeleeuwen als ‘exorbitant’ en meent hij dat zij een theoretische rechtvaardiging ontbeert.³¹³ Volgens Savigny is de uitbreiding vooral het gevolg van het gebrek aan kennis in de Middeleeuwen van het ‘juiste’ Romeinse bezitsbegrip.³¹⁴ Ook hem is er alles aan gelegen om vooral de Romeinsrechtelijke regeling van bescherming van bezit overeind te houden.³¹⁵ Savigny en Windscheid vertegenwoordigen een

³¹⁰ Bruns 1848, p. 214. De Klagegrund muß zwar eigentlich bewiesen werden, doch ist es wenigstens eine häufige und weit verbreitete Ansicht, daß präsumiert werde, der Verlust sei durch Spoliation oder wenigstens wider Willen eingetreten. Vgl. Heusler 1872, p. 319.

³¹¹ Bruns 1848, p. 214 en p. 259 e.v. Bruns wilde bij de *actio spoli* bij roerende zaken een beroep toestaan op de *exceptio dominii*, iets waartegen Bähr zich fel verzette: ‘Wenn Bruns (Besitzklagen S. 234) gegen die Spolienklage bei Mobilien die “Einrede des Eigentums” gestatten will, so vernichtet er damit die Spolienklage als solche. Denn es würde dieser Satz nichts anders bedeuten, als: der Eigentümer darf sich seine Sache überall eigenmächtig wegholen. Wenn Bruns die Frage aufwirft: “ob wohl unser Volk dem Depositär, dem Finder u.a., dem der Eigentümer die Sache wieder weggenommen hat, eine Klage auf Rückforderung geben wolle, wenn dieser sein Eigentum beweisen könne?” – so wäre das recht schön, wenn man nur immer der Sache von vorn herein ansehen könnte, daß sie sich so verhielte. Die Frage ist aber die, ob derjenige, welcher gegen meinen Willen eine Sache aus meinem Gewahrsam weggeholt, mich, wenn ich sofortige Rückgabe verlange, mit der vielleicht jahrelangen Beweisführung über sein Eigentum aufhalten darf: oder ob es nicht richtiger ist, ihm zu sagen: ‘Erst gib die Sache zurück, die du ordnungswidrig weggenommen hast; dann beweise dein Eigentum, und sie wird dir dann wiedergegeben werden.’ Ich glaube, daß unser Volk einen sehr lebhaften Sinn dafür hat, daß niemand sich das wegholen von Sachen aus seiner Wohnung hinter seinem Rücken gefallen zu lassen braucht, mögen sie gehören, wem sie wollen. Bähr 1883 p. 46 (noot). Zie ook de literatuur bij Müller 2010, p. 24, noot 21.

³¹² De Jonge 1857, p. 129-130 (§5) merkt dan ook op dat de *actio spoli*, hoewel zij wat haar oorsprong aangaat, niet de minste betrekking op het interdictum *unde vi* had, alle Romeinse rechtsmiddelen tot wederverkrijging van een verloren bezit overbodig maakt. In dezelfde zin: Coing 1985 (I), p. 278, aangehaald in mijn noot 281.

³¹³ Windscheid 1900 (I), p. 732 en p. 734; zie ook noot 7a (§ 162a).

³¹⁴ Von Savigny 1865, p. 514-515 (§ 50). ‘Man verstand das Römische Recht des Besitzes nicht hinreichend, und vermisste daher in vielen Fällen des verlornen Besitzes ein Klagrecht, in welchen eine vollständige Einsicht in das Römische Recht ein solches dargeboten hat. Deswegen war es am bequemsten, ein neues Rechtsmittel auszusinnen, das durch seine Allgemeinheit und Unbestimmtheit recht geschickt war, der mühsamen Kenntniss des Römischen Rechts zu überheben.’

³¹⁵ Von Savigny 1865, § 50, m.n. p. 519-521.

stroming van schrijvers die worstelt met de verschillen tussen beide systemen en vooral met de vraag hoe men de ‘nieuwe’ regeling kon inpassen in de bestaande interdictenbescherming van de Romeinse *possessio*.³¹⁶

Als vertegenwoordiger van de tegengestelde stroming valt met name Bähr aan te wijzen. Bähr juicht de uitbreiding van de bescherming toe: hij meent dat pas met de *actio spolii* een adequate bescherming tegen eigenmachtig optreden is ontwikkeld. Hij wil het rechtsmiddel dan ook niet laten opgaan in de Romeinse interdictenbescherming, maar het volledig zijn eigen plaats geven. Om het door de *actio spolii* beschermde bezit te onderscheiden van de door de interdicten beschermde *possessio* geeft hij het zelfs een eigen naam: *Realbesitz*, reëel bezit. Dit is niets meer of minder dan de blote uitoefening van feitelijke macht over een zaak.

Men noemde het uit de canon Redintegranda afgeleide rechtsmiddel de *actio spolii*. De betekenis ervan lag erin, dat ieder reëel bezit, dat de houder de bevoegdheid verleent om zich met eigen kracht te verdedigen, ook in rechte bescherming verdient tegen elke onttrekking zonder rechtsgrond. Zolang het op deze wijze beschermde reële bezit samenvalt met de romeinsrechtelijke *possessio*, valt ook de rechtsbescherming van beiden in de kern samen; alleen stelt de *actio spolii* die rechtsbescherming zonder twijfel op het standpunt dat Jhering reeds in het latere Romeinse recht meent aan te treffen, maar dat de meeste van onze theoretici ook vandaag de dag nog ontkennen dan wel betwijfelen. Voor zover het reële bezit niet samenvalt met de Romeinse *possessio*, is door de bescherming, geboden door de *actio spolii*, het reële bezit naast de Romeinse *possessio* tot een zelfstandig rechtsbegrip van aanzienlijk juridisch belang geworden. Pas hierdoor plaatst het bezit zich als een beschermend net over de gehele zakenwereld, zodat ieder in datgene wat hij als reëel bezit beheerst, de grenzen aantreft, waarbinnen hij, vrij van alle feitelijke ingrepen van anderen, mag werken. Het reële bezit bakent de individuele beheersing van de zakenwereld formeel geheel en al af.³¹⁷

³¹⁶ Vgl. t.a.p. Kleyn 1992, p. 549 en noot 30. Zie ook: F. Ruffini, *L'actio spoli*, Turijn 1889. Windscheid en Savigny volgden hier Cujacius, *Opera Omnia*, VI, ad X 2, 13, 18: ille canon Redintegranda nihil novi inducit, sed hoc tantum vult quod etiam iure civili locum obtinet.

³¹⁷ Bähr 1888, p. 284-285: ‘Man nannte das aus der c. Redintegranda abgeleitete Rechtsmittel die *actio spolii*. Die Bedeutung derselben ging dahin, daß jeder reale Besitz, der den Inhaber berechtigt, sich mit eigener physischer Kraft zu schützen, auch gerichtlichen Schutz zu finden habe gegen jede des Rechtsgrundes entbehrende Entziehung. Soweit der hiernach geschützte reale Besitz mit der römischen *possessio* zusammenfällt, fällt auch der Rechtsschutz beider im Wesentlichen zusammen; nur stellt die *actio spolii* diesen Rechtsschutz unzweifelhaft auf den Standpunkt welchen Jhering bereits im späteren römischen Recht gegeben findet, den aber die meisten unserer Theoretiker auch heute noch verneinen oder wenigstens anzweifeln. Soweit der reale Besitz nicht mit der römischen *possessio* zusammenfällt, ist durch den Schutz, welchen die *actio spolii* gewährt, der reale Besitz neben der römischen *possessio* zu

Bähr ziet de waarde van de *actio spoliei* gelegen in haar bescherming van de feitelijke macht, *Realbesitz*. In een eerder werk gaf Bähr aan dat hij deze term opzettelijk heeft gekozen: om verwarring te voorkomen wilde hij geen Latijnse aanduiding gebruiken.³¹⁸ Hij koos dus niet voor een beschrijving met bestaande begrippen, hij wil juist duidelijk maken dat met de ontwikkeling van de *actio spoliei* een nieuwe fase is bereikt in de bescherming van zaken. Hij noemt het *Realbesitz* een vierde object van zakenrechtelijke bescherming, naast eigendom, publiciaans bezit en possessio.³¹⁹ Ook Savigny die, zoals vermeld, de ontwikkeling van de *actio spoliei* betreurt, erkent dat zij desalniettemin een heel nieuw systeem van bezitsbescherming en van bezit zelf heeft voortgebracht.

Men kan ervan opaan dat niemand, met inbegrip van de bedrieger die deze brieven van Roomse bisschoppen vervaardigde, heeft overwogen, dat in de toekomst uit een van deze passages een heel nieuw systeem van bezitsbescherming, ja van het bezit zelf, afgeleid zou worden.³²⁰

Tegenwoordig zouden wij *Realbesitz* aanduiden als ‘feitelijk houderschap’, omdat het zowel uitgeoefend kan worden door een bezitter als door een houder.

einem selbständigen Rechtsbegriff von hochwichtiger juristischer Bedeutung geworden. Erst hierdurch legt sich der Besitz gleichsam wie ein schützendes Netz über die gesamte Sachenwelt, so daß Jeder in dem, was er kraft realen Besitzes beherrscht, die Grenze findet, innerhalb deren er, frei von allem thatsächlichen Eingreifen Anderer, walten darf. Der reale Besitz grenzt die individuelle Beherrschung der Sachenwelt durchweg formal ab.’ Zie ook Bähr 1883, p. 39.

³¹⁸ Bähr 1883, p. 42, noot 2: ‘Im röm. Recht existiert zur Bezeichnung der verschiedene Arten des Besitzes eine ganze Reihe von Namen: *civilis possessio*, *naturalis p.*, *corporalis p.*, *detentio* u.s.w. Da aber über deren Bedeutung vielfach gestritten wird, enthalte ich mich des Gebrauchs derselben.’

³¹⁹ ‘Die Spolienklage ist der civilrechtliche Repräsentant des Satzes: Eigenmacht ist verboten. Sie tritt ein zur Wiederherstellung gegen das (formelle) Unrecht, welches dadurch begangen wird, daß jemand eigenmächtig in die Rechtssphäre des andern eingreift. Bestimmt wird diese Rechtssphäre durch den Besitzstand, den jeder thatsächlich beherrscht. Dadurch ist, neben dem Eigentum, dem publizianistischen Recht und der röm. *possessio*, der thatsächliche Besitz – ich will in der Deutlichkeit halber *Realbesitz* nennen – zu einer vierten Abstufung geworden, innerhalb deren das Recht an Sachen geschützt wird. Es ist dieser Begriff des Besitzes nicht etwa bloß eine Erweiterung der röm. *possessio*. Fällt er auch vielfach mit dieser zusammen, so setzt er sich auch mehrfach zu derselben in Gegensatz und genießt im Gegensatz zu ihr Rechtsschutz.’ Bähr 1883, p. 42. Vgl. Kleyn 1986, p. 119, m.n. noot 217.

³²⁰ Von Savigny 1865, § 50, p. 510: ‘Gewiss hat Niemand weniger, als der Betrüger selbst, der diese Briefe Römische Bischöfe verfertigte, daran gedacht, das aus einer unter jenen Stellen einst ein ganz neues System des possessorischen Klagrechts, ja des Besitzes selbsts, hergeleitet werden würde.’ Coninck Liefsting 1869, p. 195 e.v. acht dit oordeel te hard: volgens hem waren de middeleeuwen de tijd van de vrome fraudes, *piae fraudes*, het bepalende criterium was destijds of het strekte ten voordele van de Kerk.

Dit houderschap gaat volgens Bähr gepaard met de bevoegdheid om zich fysiek te verdedigen tegen iedere onrechtmatige inbreuk.³²¹ En wat men aldus mag verdedigen, noemt Bähr ‘bezit’, maar dan wel ‘Realbesitz’, om aan te geven dat het niet per definitie dezelfde inhoud heeft als de Romeinse *possessio*.

Dit bezit komt echter geenszins overeen met de romeinse *possessio*. De Romeinen aanvaardden in principe alleen degene die het eigendomsbezit uitoefende als *possessor*. Alleen bij wijze van uitzondering bestempelden ze als *possessio* een bezit dat uitgeoefend werd onder erkenning van een anders eigendom, en voorzagen zij deze *possessio* van bezitsbescherming middels interdicten.³²²

Kort en goed: volgens Bähr heeft de *actio spoli* een zelfstandig bestaansrecht naast de interdicten omdat zij bescherming biedt tegen onrechtmatige inbreuken op houderschap in het algemeen.

Het bieden van bescherming tegen onrechtmatige inbreuken op houderschap vormt de kern van wat Van Oven aanduidt als de ‘politieele functie van bezitsbescherming’.³²³ Van Oven werd voor het schrijven van zijn proefschrift over de functies van bezitsbescherming met name geïnspireerd door twee boekbesprekingen van Drucker. In één daarvan erkent Drucker nadrukkelijk de juistheid van Bähr’s uiteenzetting. Maar Drucker wijst erop dat een regeling die beoogt het houderschap te beschermen tegen onrechtmatige inbreuken onverenigbaar is met een regeling die bezit beoogt te beschermen als relatief eigendom.³²⁴

Van Oven zou wat Drucker ‘relatief eigendom’ noemt aanduiden als ‘zakelijke functie van bezitsbescherming’ en de door Bähr bij het *Realbesitz* voorgestane bescherming tegen onrechtmatige inbreuken als ‘politieele functie van bezitsbescherming’.³²⁵ Van Ovens gebruik van de term ‘bezitsbescherming’

³²¹ Vgl. het citaat van Bähr in mijn noot 347.

³²² Bähr 1883, p. 41: ‘Dieser Besitz ist aber mit der röm. *possessio* keineswegs identisch. Die Römer erkannten grundsätzlich nur derjenigen, welcher den Eigentumsbesitz ausübte, als *possessor* an. Nur ausnahmsweise bezeichneten sie einen unter Anerkennung fremden Eigentumes an der Sache geübten Besitz als *possessio*, und knüpften an diese *possessio* possessorischen Schutz durch Interdikte.’

³²³ Van Oven 1905, p. 16 en 18, ik heb de citaten hieronder opgenomen in mijn noot 325.

³²⁴ Zie het citaat hieronder bij mijn noot 329.

³²⁵ Vgl. Van Oven 1905, p. 15: ‘Wij willen deze functie der bezitsbescherming kortweg noemen: de *zakelijke*. Drucker, zoals gezegd, noemde het bezit in dit systeem een relatief eigendom. Wij volgen zijn voorbeeld niet, hoewel de benaming zeer juist is, daar wij vrezen dat juist dat wordt “relatief” aanleiding zal geven tot verwarring. Men zal daarbij allicht aan een relatief recht denken, terwijl het duidelijk is, dat het in deze functie tot de groep der absolute rechten behoort, al bestaat er dan ook een recht dat hoger staat. Het schijnt ons daarom beter dit woord te vermijden, het bezit eenvoudig te noemen een *zakelijk* recht; vandaar deze functie, de *zakelijke*.’; p. 16: ‘De bezits-

suggereert een eenheid van het bezitsbegrip in beide functies, terwijl die eenheid in werkelijkheid ontbreekt. Het Romeinsrechtelijke bezitsbegrip dat men aantreft bij wat Drucker aanduidt als ‘relatief eigendom’ is wezenlijk anders dan het bezitsbegrip dat iedere houder, d.w.z. iedereen die een zaak feitelijk beheerst, aanmerkt als bezitter. Daarom zou bij de politionele functie de term ‘houderschapsbescherming’ beter op zijn plaats zijn geweest. Het draait immers om bescherming van de feitelijke beheersing, zoals Drucker reeds opmerkte:

Gedeeltelijk in aansluiting aan Jhering, betoogt Bähr, dat reeds het Romeinse recht – in de laatste drie eeuwen vóór Justinianus – praktisch stappen heeft gedaan in de richting van het *Realbesitz*, al is dan ook die nieuwere ontwikkeling in de Pandekten slechts onvoldoende verwerkt en daardoor aan velen ontgaan. Tot rijpheid kwam de nieuwe gedachte in elk geval daar nog niet. Dat gebeurde eerst in de Middeleeuwen door de *actio spoli*, de civielrechtelijke uitdrukking van de regel: eigenrichting is verboden. *Deze actie beoogt herstel tegen het formele onrecht, dat begaan wordt door hem, die eigenmachtig ingrijpt in eens anders rechtskring. Die rechtskring wordt bepaald door hetgeen een ieder feitelijk beheerst.* [cursivering, HHR].³²⁶

Maar inmiddels is de door Van Oven geïntroduceerde uitdrukking ‘politionele functie van bezitsbescherming’ ingeburgerd. Dit heeft naar mijn mening het leerstuk van de bescherming van bezit niet verhelderd.

Dat de zakelijke en politionele functie van bezits- en houderschapsbescherming onverenigbaar zijn komt scherp naar voren bij de vraag naar de toelaatbaarheid van het eigendomsverweer.³²⁷ Bij de politionele functie is zo’n verweer ontoelaatbaar: een gedaagde kan zijn onrechtmatige inbreuk niet billijken met een beroep op zijn eigendomsrecht. Daarentegen is het eigendomsverweer wél toegestaan in een regeling die bezit beschermt als zakelijk recht: het dient dan om de relativiteit van bezit ten opzichte van het eigendomsrecht tot uiting te brengen.³²⁸ Drucker concludeert dan ook dat de wetgever één van beide doelen zal moeten kiezen wanneer hij een regeling van bezitsbescherming opstelt.

bescherming is dus in dit systeem een reactie tegen onrecht, tegen daden die niet daarom onrechtmatig zijn, dat zij een subjectief recht schenden, maar die uit hun aard al onrechtmatig zijn, omdat de staat geen eigenmachtig optreden buiten zekere grenzen kan dulden.’ en p. 18: ‘Omdat nu de bezitsbescherming in deze laatste gedachtengang fungeert als reactie tegen eigenmachtige stoornis der bezitsorde, omdat haar taak enigszins analoog is met die der politie, menen wij niet beter te kunnen doen als korte benaming voor haar te kiezen het woord “politionele functie”.’

³²⁶ Drucker 1888, p. 548-549. Vgl. hierboven het citaat van Bähr 1883, p. 42, in mijn noot 319 en het citaat van Van Oven in mijn noot 325.

³²⁷ Zie ook hierboven, noot 311.

³²⁸ Vgl. hieronder, p. 186.

(...) men mag verwachten, dat Bähr's betoog de algemene aandacht zal trekken. Voor de toekomstige wetgever ligt hier de kern der quaestie. Wie met ons oordeelt, dat in het Romeinse Recht de voorstelling domineert van bezit als relatief eigendom, als een van de vormen waarin de rechtsorde de heerschappij van de mens over de goederen erkent en beschermt – al wordt dan ook die voorstelling door andere doorkruist – hij kan niet loochenen, dat er principieel verschil bestaat tussen deze *possessio* en Bähr's *Realbesitz*. Tussen die beide voorstellingen moet de wetgever kiezen. Uitsluiting van de eigendomsbewering in het bezitsproces, in het Romeinse stelsel slechts door bijzondere redenen van doelmatigheid te rechtvaardigen, is in het andere systeem noodzakelijk. Toekenning van bezitsacties aan de huurder en pachter, niet of slecht passend in het Romeinse stelsel, is essentieel bij de opvatting van Bähr. Zal de wet een consequente regeling bevatten en de uitlegger een richtsnoer geven voor de beslissing van niet opzettelijk geregelde vragen, dan is het dringend, dat er geen twijfel besta omtrent de gedachte, waarvan de wet uitgaat.³²⁹

Ik zal in het hoofdstuk over de totstandkoming van ons huidig BW opmerken dat Meijers, in zijn Toelichting op het ontwerp, zich met betrekking tot dit keuzeprocess uitdrukkelijk heeft willen verantwoorden.³³⁰

³²⁹ Drucker 1888, p. 549-550. In een noot geeft hij een kritisch oordeel over de regeling van de bezitsbescherming van het OBW: 'Ook in onze wet mist men een leidend beginsel. Ontzegging van de bezitsactiën aan ieder die niet *als eigen* bezit, uitsluiting van de exceptie van eigendom, en eindelijk gemis aan bescherming van hem die na een langdurig bezit dat bezit langer dan een jaar verloren (*actio Publiciana*) – drie hoofdtrekken van onze regeling – zijn m.i. slecht met elkaar te rijmen.'

³³⁰ Zie hieronder, p. 407 e.v.

1.3 Het inheemse gewoonterecht: *gewere* of *saisine*

Het inheemse recht, *ius proprium*, van Germaanse stammen die zich in onze contreien bevonden vormt een derde component in de ontwikkeling van het bezitsbegrip, naast het Romeinse en canonieke recht.

Dat dit inheemse recht invloed uitoefende op het bezitsbegrip wordt met name benadrukt door vertegenwoordigers van de zogeheten ‘Germanistik’.³³¹ Zij baseren zich onder andere op teksten uit de zogeheten *Sachsenspiegel* (*Ssp.*), een rechtsboek³³² dat in 1230 werd samengesteld door Eike von Repgau en dat de overgang markeerde van de mondelinge overlevering van regels van Saksisch gewoonterecht naar de opschriftstelling daarvan.

Kaart 1: Europa met de ligging van Saksen, zoals weergegeven in de *Sachsenspiegel*.³³³



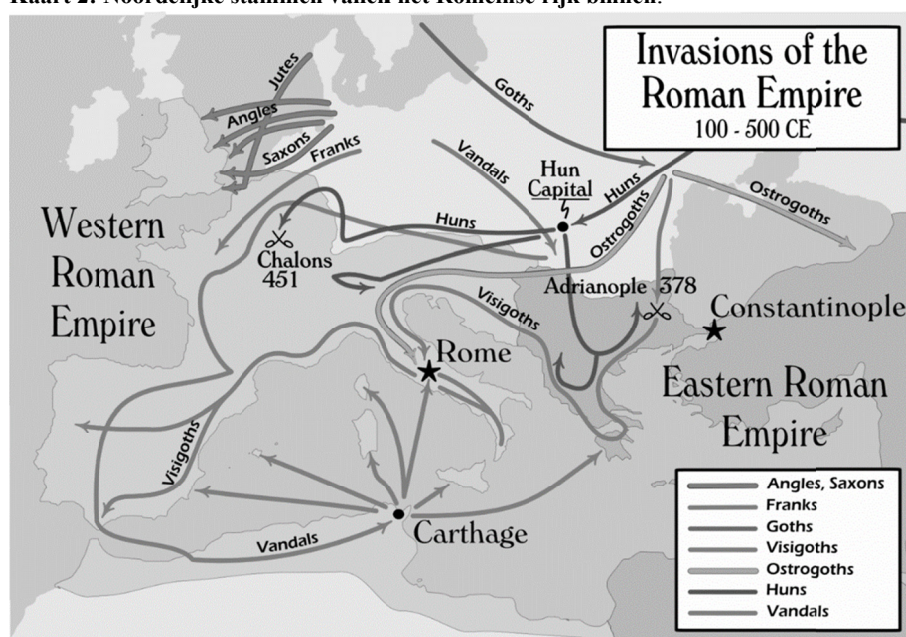
³³¹ Zie over het ontstaan van deze stroming bijv. Zwalve 2006, p. 27. Overigens is de in de negentiende-eeuwse literatuur wel aangetroffen gedachte dat er een eenvormig Germaans rechtssysteem zou hebben bestaan inmiddels bijgesteld, zie Lokin en Jansen en Brandsma 1999, p. 91-92; Salomons 1997, p. 17 e.v.

³³² Rechtsboeken zijn private optekeningen van recht, die niet zelden door gewoonte het gezag van wetboeken hebben gekregen. Fockema Andrea 1970, *sub* rechtsboek.

³³³ Deze kaart is overgenomen uit Dobozy 1999, p. 4. In de bijbehorende noot 3 (p. 201) merkt ze over de grenzen op: ‘The *Sachsenspiegel* manuscripts describe a somewhat timeless Saxony that is not historically correct. For example, they are written as if Westphalia were part of Saxon territory and as if the Duchy of Saxony were still intact. The

Zoals de kaart aangeeft, beslaat het gebied waarin het recht van de *Sachsenspiegel* gehanteerd werd een groot deel van Europa. Daarbij mogen we niet uit het oog verliezen dat het gewoonterecht van de Saksen ook in Engeland is geïntroduceerd. Dat gebeurde in de periode van de volksverhuizingen, toen de Saksen en de Angelen in de vijfde eeuw Brittannia binnenvielen en de Romeinen zich tussen 410 en 442 uit deze verre grensprovincie terugtrokken.

Kaart 2: Noordelijke stammen vallen het Romeinse rijk binnen.³³⁴



Het Saksische gewoonterecht is verder verspreid doordat de *Sachsenspiegel* gereciperd is in niet-Saksische gebieden en zelfs internationale invloed had.³³⁵

fourteenth-century manuscripts do not clarify or correct this image, nor do they mention the Duchy of Braunschweig-Lüneburg (Lieberwirth, *Entstehung*, 9, Theuerkauf 415-16).⁷

³³⁴ Kaart ontleend aan Wikipedia, File:Invasions of the Roman Empire 1.png (geraadpleegd 21 dec. 2011)

³³⁵ Dobrozy 1999, p. 28-29: But of this entire movement, the German lawbooks, specifically the *Sachsenspiegel* and the *Sächsisches Weichbild* (an adaptation for a municipal context), had considerably broader, even international influence. Within Germany, the southern territories adjusted the *Sachsenspiegel* to fit the local customs and accommodate some Roman and canon law not current in Saxony. Outside of Germany, Eike's work, together with a collection of *Schöff* judgements, enjoyed excellent reception in central Europe, including Poland, Ukraine, Prussia and Silezia. The High German translation, the *Schwabenspiegel*, influenced law in Hungary and in Bohemia, where it

De populariteit van dit rechtsboek blijkt verder uit het gegeven dat er meer dan 450 verschillende handschriften van bestaan.³³⁶ Dobrozy beschouwt de *Sachsenspiegel*, afgezien van het Romeinse en canonieke recht, als de waarschijnlijk belangrijkste juridische bron voor de gehele late Middeleeuwen in Centraal Europa.³³⁷ Ze legt uit dat het rechtsboek oorspronkelijk niet als wetboek bedoeld was, maar als optekening van gewoonterecht. De afschriften van het handschrift en de vertalingen in steden en gebieden buiten Saksen bewerkstelligden echter een snelle en volledige receptie van de *Sachsenspiegel*. Daardoor veranderde het rechtsboek van karakter en werd het een gezaghebbend modelwetboek dat in alle Duitstalige gebieden, met inbegrip van de lage landen, gekopieerd en aangepast werd.³³⁸

De *Sachsenspiegel* bevat bepalingen over zowel het *Landrecht*, het privaatrechtelijk gewoonterecht, als het *Lehnrecht*, het feodale recht. In beide onderdelen treft men een recht aan dat verschilt van het Romeinse recht. Dit recht kende ten aanzien van het onder zich hebben van zaken slechts één verschijningsvorm: de zogeheten *gewere*. Het begrip *gewere* bestrijkt dus niet alleen de Romeinsrechtelijke eigendom, *dominium*, maar ook het bezit, *possessio* en de detentie.³³⁹ De *gewere* wordt in het Nederlands ook wel ‘weer’ of ‘were’ genoemd, de Franse benaming is *saisine*, de Engelse *seisin* en in het Latijn duidt men haar aan als *vestitura*. Deze aanduidingen bevatten een aanwijzing voor het ontstaan van het begrip. De heersende leer verklaart het woord *gewere* etymologisch uit het werkwoord *wern* (oudhoogduits: *werjan*), d.w.z. ‘bekleden’.³⁴⁰ De Franse en Engelse aanduidingen zouden verwant zijn aan het oud-hoogduitse werkwoord *sizan* (ook: *si-zian*), dat ‘zitten’ of ‘zetelen’ betekent en waaruit ook het

became the foundation of Czech law.’ Zie over de *Sachsenspiegel* en het gewoonterecht in onze contreien: Smits 1867. Hij dateert op p. 573 (noot 2) de bekendheid met de *Sachsenspiegel* hier te lande terug naar de 13e eeuw.

³³⁶ Dobrozy 1999, p. 13.

³³⁷ Dobrozy 1999, p. vii.

³³⁸ Dobrozy 1999, p. 29: ‘Planned as a repository of legal custom, Eike’s text did not originally have the status of binding law and is, therefore, not a legal code. However, the rapid, widespread and thorough reception of the *Sachsenspiegel* by means of manuscript copies and translations in cities and territories beyond Saxony swiftly transformed the compendium into the authoritative model code copied and adapted throughout German-speaking areas, including the Netherlands. Even the *Weistümer* (collection of court decisions) indicate that the *Sachsenspiegel* was viewed not only as authoritative but even as deriving from royal authority.’ Zie ook Smits 1867, p. 573 e.v.

³³⁹ Vgl. Zwalve 2006, p. 123 e.v.; Salomons 1997, p. 20 e.v.; Kleyn 1992, p. 542; De Blécourt 1967, p. 125 e.v (nr. 86); Coninck Liefsting 1869, p. 166 e.v.

³⁴⁰ Ogris *HRG* (Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Auflage, 2009) # 10 (s.v. *gewere*), p. 347-348. Zie ook: Ogris *HRG* (1. Auflage, 1964) s.v. *gewere*, p. 1658-1659; Hauri 1942, p. 15 e.v; Coninck Liefsting 1869, p. 224-225 (noot 160).

werkwoord ‘bezitten’, angel-saksisch: *besittan* (*bisizan*) is afgeleid.³⁴¹ Het Latijnse woord *vestitura* betekent ‘bekleden’ en het werd in de Middeleeuwen onder andere gebruikt wanneer bisschoppen in een plechtige ceremonie bij hun ambtsaanvaarding met hun waardigheid, ring en staf, bekleed werden en hun zetel kregen. Huber ziet de oorsprong van het begrip *gewere* gelegen in een soortgelijk proces: de *Einweisung*, de ceremoniële toewijzing van landbouwgrond door de gemeenschap aan een lid, een plechtigheid die bewerkstelligde dat voorheen gemeenschappelijk gehouden grond nu aan het lid toeviel.³⁴² Zijn theorie over deze oorsprong van de *gewere* lijkt aannemelijk, temeer omdat we weten dat in de regelmatig gehouden volksvergaderingen, de zogeheten *Dingen*, beslissingen werden gemaakt over de verdeling van oorlogsbuit, waarvan buitgemaakte grond, naar wij mogen aannemen, het belangrijkste bestanddeel zal zijn geweest.³⁴³ Behalve bij de toewijzing van een *gewere* vervulde de volksvergadering ook een belangrijke rol bij de overdracht

³⁴¹ Zie Ogris 2009, p. 347-348; Lévy & Castaldo 2002, p. 512 (§ 358); Patault 1989, p. 21 en de betreffende lemma's in Graff's *Althochdeutscher Sprachsatz, oder Wörterbuch der althochdeutschen Sprache* (deel 5), Berlin: Nicolai 1840. De door mij geraadpleegde uitgave, curiositeitshalve vermeld ik dat zij afkomstig is uit de nalatenschap van prof. J.R.R. Tolkien, is op het internet te vinden via google books (geraadpleegd 26 december 2011). Zie ook de verklarende aantekening op het voorschrift *Van den de een guet in der were heft iær ende dach*, art. XLII van de *Saksenspiegel in Nederland* (*Ssp.* II, 44) naar De Geer van Jutphaas 1888 (II), p. 114: ‘Een goet heeft een man in der were wanneer hi dat besit. Besittinghe is tweeleye ende is lijflic of hi op enen goede sta of in der hant hebbe, die ander besittinghe is inden moede of in den sinne.’

³⁴² Huber 1894, p. 55 e.v. ‘Das Besitztum des einzelnen Freien war ursprünglich durch Einweisung seitens der Genossen (in der Hundertschaftsversammlung) gewonnen worden, und man darf wohl hiermit die Erscheinung verknüpfen, dass noch in späterer Zeit, als das Grundeigentum vollständig sich losgelöst hatte, dessen Übertragung unter Mitwirkung der Genossen, als Zeugen oder geradezu in gerichtlicher Art, vollzogen wurde. Unter solcher Mitwirkung als öffentlicher Kontrolle und Beglaubigung wurde der Erwerber eingewiesen, und die Einweisung machte ihn zum Eigentümer des auf ihn übertragenen Grundstückes. Aus verhältnismässig späten Quellen erfahren wir nun, dass diese Einweisung die “investitura” genannt wurde, und dass diesem Ausdrücke das deutsche “giwerida” entsprach.’

³⁴³ Weitzel HRG (2. Auflage 2008), # 1 (s.v. *Ding*). Het ‘Ding’ was een instelling gemeen aan Kelten, Balten, Slaven en Germanen. De Franken en Saksen onderscheidden tussen het ‘echte Ding’ en het ‘geboden Ding’. Het ‘echte Ding’ was een volksvergadering die plaatsvond plaats op vooraf vastgestelde data en hier gold de ‘dingplicht’: alle vrije, weerbare mannen van onbesproken gedrag dienden bij het *ding* aanwezig te zijn (vgl. *Ssp.* III, 61, § 4; ook bijv. privilege nr. 17 van graaf Willem aan Delft uit 1246 bij Van Mieris 1753 (I), p. 233). Het ‘geboden Ding’ vond plaats naar behoefte en hier hoefden alleen de door het bevoegde gezag opgeroepen aanwezig te zijn. Daarnaast onderscheidt men het ‘Not Ding’, waar een stamlid die een misdadiger op heterdaad betrapte door geroep (‘das Gerüft’, vgl. *Ssp.* II, § 64) zijn stamgenoten bijeenriep. Elke dingplichtige was verplicht om in zo’n geval toe te komen snellen, het was hem dan zelfs geoorloofd wapens te dragen tijdens de vredeban (vgl. *Ssp.* II, § 71,3).

ervan.³⁴⁴ Tenslotte fungeerde het *Ding* als gerechtsforum dat, onder andere, geschillen over *geweres* beslechtte.³⁴⁵

Ten tijde van het ontstaan van rechtsboeken als de *Sachsenspiegel* drukte het begrip *gewere* de toestand uit van ‘het met de zaak bekleed zijn’, of, in termen van zitten, ‘het ‘zitten op de zaak’.³⁴⁶ Het was deze toestand die in het inheemse recht een beroep op zelfverdediging rechtvaardigde en aansprak gaf op juridische bescherming.³⁴⁷

Ssp. II, 24, § 1: Manne sal niemanne ut sinen geweren wisen von gerichtē halven, al si he dar mit unrechte an komen, man ne breke sie eme mit rechter klage, dar he selve to jegenwarde si, oder man lade ine vore von gerichtē halven to sinen rechten degedingen, unde he denne nicht vore ne kome, so verdelt man ime die gewere mit rechte.³⁴⁸

³⁴⁴ Weitzel HRG (2. Auflage 2008), # 1 (s.v. *Ding*), p. 1073: ‘Im Ding, im Lichte seiner Öffentlichkeit, erfolgten viele Rechtshandlungen, die wir heute der sog. Freiwilligen Gerichtsbarkeit oder dem Amt des Notars zuordnen: die Investitur oder Auflassung von Grundstücken, die urteilsförmige, zur Ausstellung einer Besitzurkunde führenden Bestätigung von Rechtsgeschäften (zu Unrecht gelegentlich “Scheinprozess” genannt), das Aufbieten und die Bestätigung der (durch Brand u. Ä.) in Verlust geratenen Urkunden.

³⁴⁵ Zie ook hieronder noot 367.

³⁴⁶ Vgl. Ogris 2009, p. 348. Zie ook Huber 1894, p. 7: Die Periode der typischen Existenz der Gewere ist anerkanntermassen das Zeitalter der Rechtsbücher.’ Ook Romeinse juristen herleiden hun bezitsbegrip op het werkwoord ‘bezetten’: zie D. 41,2,1 *pr.*

³⁴⁷ Ogris 2009, p. 351; Planitz 1931, p. 68; Brunner/von Schwerin 1930, p. 196; Gierke 1905, p. 203-204. Vgl. Bähr 1885, p. 165: ‘Wir nennen heute “Besitzer” vorzugsweise denjenigen, welcher zu einer Sache in einem solchem Verhältnis steht, daß er sich gegen Jeden, welcher in dieses Verhältnis eingreift, mit eigener physischer Gewalt schützen darf. *Das ist unser deutscher Begriff des Besitzes* [cursivering, *HHR*]. Processualischer Repräsentant desselben ist die Spolienklage. Dieser Besitz, in Verbindung mit dem dadurch begründeten Besitzrecht, entspricht aber nicht in allen Beziehungen der römischen possessio. Durch das hereintragen der Lehre von dieser ist auch bei uns der Besitzbegriff vielfach verwirrt worden.’ Zie in dit verband ook De Groot, II, 2, 6, geciteerd bij noot 516. Smits 1867, p. 581 vermeldt dat men gewere in onze contreien ook wel anders aanduidde, zie mijn noot 362: ‘Zo als wij zagen, was er ook bij ons een verjaring bekend, die iemand de “Heerheyde” van een zaak deed verwerven, en zodanige verhouding tussen hem en de zaak deed ontstaan, dat hij deze tegen derden kon verdedigen en hen van het bezit uitsluiten. Wat was dat anders dan de *gewere*, de *saisine*? Men mag aannemen dat het woord gewere hier vroeg onbekend geweest is, ofschoon dit onwaarschijnlijk is; maar het woord doet hier niets ter zake, alleen het rechtsbegrip; en dit bestond hier zelfs reeds voor de opstelling van de *Ssp.* Het is dus een ook voor ons nationale bepaling, die in het Landrecht van Twenthe in woorden van de *Ssp.* geformuleerd is.’

³⁴⁸ Geciteerd naar Planitz 1931, p. 177. Zie ook: *Ssp.* II, 25, § 1; *Ssp.* II, 36, § 8 & *Ssp.* III, 82, § 2. Hübner 1919, p. 171 noot 1 wijst verder nog op *Ssp.* III, 38, § 4: Man ne sal niemanne von sinem gewere wisen, si ne si ime afgewunnen mit rechte. Hij wijst erop dat dit principe in Engeland zelfs opgenomen werd in de Magna Charta van 1215. In de

Dit fragment uit de *Sachsenspiegel* beschrijft wat men in navolging van Huber wel aanduidt als de *Defensivwirkung*, de juridische bescherming van de *gewere*.³⁴⁹ Het schrijft voor dat men niemand zonder last van het gerecht uit zijn *gewere* mag wijzen, zelfs niet wanneer diegene het onrechtmatig verkreeg.³⁵⁰ Het afnemen van de *gewere* is alleen rechtens, wanneer de eiser zijn tegenstander met een gegronde klacht de *gewere* betwist en wanneer deze tegenstander persoonlijk aanwezig is of hij van gerechtswege gedagvaard is op zijn rechtmatige zittingsdag, maar niet op de zitting verschijnt.

Uit het voorgaande volgt dat de *Sachsenspiegel* geen specifieke bescherming kende van wat in het Romeinse recht bekend stond als *possessio*, maar dat een persoon in de *gewere* op grond daarvan bescherming genoot: alleen na geslaagde betwisting door een benadeelde partij en krachtens rechterlijk vonnis kon men hem tegen zijn wil uit zijn *gewere* wijzen, oftewel zijn *gewere* ‘breken’. Processueel onderscheidt de *Sachsenspiegel* ten aanzien van onroerend goed tussen twee typen *geweres*: degene die de zogeheten ‘rechte’ *gewere* had genoot voordelen boven degene die haar ontbeerde.³⁵¹ Zo was de laatste verplicht om het betwiste goed op de eerste vordering op te leveren of degene te noemen aan wie hij zijn *gewere* ontleende, zijn zogeheten weersman.³⁵² Degene met de *rechte gewere* was vooralsnog van deze verplichtingen vrijgesteld.³⁵³

Saksenspiegel in Nederland luiden de twee volzinnen van het voorschrift *Woe men enen man wt der were off besittinge des gudes wijsen mach*. XXIV (II.24): Men en sal ghenen man wt sijne ghewere of besittinghe wisen van des gerichtes weghe, al ist dat hi met onrecht daerin ghecome is, ten si dat men hem die besittinghe of winne mit rechter claghen daer hi self ter antworde is, of men lade hem voir dat gherichte tot sinen rechten daghen van des gherichtes weghe. Coomt hi dan niet voor dat gherichte so vordert men hem die besittinghe of mit recht. We treffen hierop de volgende verklarende aantekening aan: ‘Houde ic dijn goet mit onrechte, du en moechste, mi dat niet benemen tensi dattu dit doeste mit recht. Al ist ooc dat een rechter een dinck voorwaer wel wist, doch so sal hi den clagher sijn claghe laten bewisen. (...)’ De Geer van Jutphaas 1888 (II), p. 96-97. Zie ook mijn noot 415.

³⁴⁹ Huber 1894, p. 10.

³⁵⁰ Brissaud 1912, p. 316, geeft in zijn noot 3 meer vindplaatsen van deze regel: “Liut.,” 148; “Bai.,” 16,1; “Burg.,” 19,2; “Rib.,” 59,8; “Cap.,” 819,9; “Cap. Pip.,” 789, 14 (fine); *Wido*, 5 (loss of the right); *Bertaldo*, “Splendor Consuet. Venet.,” 88. Cf. Commentary on “Roth.,” 348.”

³⁵¹ Het verdient opmerking dat de hierna gevolgde dogmatische indeling roerende/ onroerende goederen stamt uit het Romeinse recht en als zodanig niet niet onverkort gebruikt kan worden voor het Germaanse recht, zie ook hieronder p. 223.

³⁵² Coninck Liefsting 1869, p. 171: ‘Men drukte dit uit door de woorden, dat hij daarvoor antwoorden moest. Zo lezen wij in de *Saksenspiegel*, *Landrecht*, III, 38, § 1: “Het goed, dat iemand niet gedurende jaar en dag in rechte weer bezeten heeft, daarvoor zal hij terstond antwoorden, zodra men de eis daartoe instelt, dat is zonder dat hem een nadere termijn verleend wordt.” *Svat die man jar unde dach in rechten geweren niet hevet, dar sal he tohant vore antwerden, of man ine beklaget*. Met betrekking tot het woord antwoorden noteert hij (noot 108): ‘In die betekenis komt het woord *antwerden* ook

Onder *rechte gewere* verstaat de *Sachsenspiegel* iemands uitoefening van *gewere* gedurende ‘jaar en dag’ op een wijze die men later ‘rustig bezit’ zou noemen, dat wil zeggen: zonder rechtmatige tegenspraak. Tegenspraak stuitte namelijk de totstandkoming van een *rechte gewere*: gedurende de tijd dat een iemand met inachtneming van het recht een klacht op een goed van een ander had lopen, kon die ander er nooit een *rechte gewere* op verkrijgen. Dit wordt uitgedrukt in het volgende fragment.

Ssp. II, 44 § 1: Svelk gut en man in geweren hevet jar unde dach ane rechte gewere wedersprake, die hevet dar an ene rechte gewere. Die wile man aver en gut under enem manne beklaget na rechte, svo lange he’t halt dar boven mit gewalt, nimmer ne gewint he dar rechte gewere an, die wile man de rechten klage getügen mach.³⁵⁴

Coninck Liefsting vertaalt het als: ‘Zo iemand enig goed, jaar en dag in bezit heeft zonder rechtmatige tegenspraak, dan heeft hij daaraan rechte weer. Maar indien men enig goed van iemand opvordert, dan verkrijgt de tegenpartij daarvoor geen rechte weer, zo lang men zijn recht daarop voor de rechter verhalen kan, hoe lang zij het goed ook nog door geweld behouden mogen.’³⁵⁵ We vinden dezelfde regel terug in de *Saksenspiegel in Nederland*.

Saksenspiegel CXIX: So welc goet een man in gheweren hevet iaer ende dach sonder rechte wedersprake die hevet daer an rechte were. Die wile men oec een goet onder enen beclaghet rechte, so hoe langhe hyt hout daer boven mit gewout,

voor bij de borg, die belooft *enen gevangenen weder to antwerden*, *Ssp.* III, 9, § 4 en over de goederen van een minderjarig gestorven kind, die de bezitter moet *antwerden* aan de erfgenaam *Ssp.* I, 25, § 5. Men zie ook *Ssp.* I, 28.’

Ssp. III, 83, § 2 bevat de verplichting voor de weersman om jaar en dag voor het goed in te staan.

³⁵³ Coninck Liefsting 1869, p. 171: ‘Daar tegenover staat het recht van hem, die rechte weer heeft in boek II, 3 § 1: “Indien men tegen iemand een vordering instelt wegens eigen goed of leen, dat hij in rechte weer bezit: dan zal men hem dagvaarden tgen de eerstkomende rechtsdag, indien hij namelijk zich tegen de opvordering van het goed verzet. Hij (die rechte weer heeft) wordt dan daar niet gedagvaard, om zijn heer, d.i. zijn weersman op te roepen. Ingeval hij op de vordering van de ander gerechtelijk onderzoek verlangt (*bedet he des dinges*), dan zal men hem de dag daarvoor bepalen. Daarna zal hij antwoorden.”’ *Beklaget man enen man in sine jegenwarde umme egen oder len, dat he in rechten geweren hevet, man sa lime degedingen to me nestem dinge, of he sprict: me n’is hier umme herre nicht gedegedinget; to der anderen klage, bedet he des dinges, dat sal man ime geven, sint sal he antwerden.*

³⁵⁴ Geciteerd naar Planitz 1931, p. 177. Zie over deze bepaling en de eisen van het uitoefenen van de gewere gedurende jaar en dag ook: Smits 1867, p. 579 e.v.

³⁵⁵ Coninck Liefsting 1869, p. 173.

nemmer meer en wint hi daer rechte were an, die wile men rechte claghe tughen mach.³⁵⁶

Behalve ‘rustig bezit’ noemt de *Sachsenspiegel* als tweede eis voor een *rechte gewere* de termijn van ‘jaar en dag’.³⁵⁷ Over de inhoud van deze termijn, de tijd die zij vereist, bestaat nog geen consensus bij de rechtsgeleerde schrijvers.³⁵⁸ De uitdrukking ‘jaar en dag’ wordt in de *Sachsenspiegel* niet nader omschreven, maar ze is niet uniek aan dit rechtsboek: het is mogelijk het vroegste schriftelijke gebruik te herleiden tot modelbepalingen voor de Salische Franken uit de 8^e eeuw na Chr. die – vanwege het feit dat ze in de 17^e eeuw geredigeerd werden door Jérôme Bignon – bekendstaan als de *Formulae Salicae Bignonianae*.³⁵⁹ De

³⁵⁶ De Geer van Jutphaas 1888 (I), p. 66. Vgl. voor het oud Friese recht Algra 2000, p. 246, fragment nr. 12, waarin de zogeheten *asega* aan de gezamenlijke schouten de volgende opdracht geeft (ik vermeld de vertaling): ‘Een huisman moet al zijn have en goed vrijelijk in zijn macht kunnen gebruiken, zoals hij die zaken [jaar en dag] onder zich heeft gehad en in zijn macht (*were*) had, onbetwist en zonder dat hij daaromtrent werd aangesproken.’ Zie over de positie van de *asega*: Timmer 2000, p. 25: ‘Een asega is geen rechter, want recht wordt gesproken door de volksvergadering. De asega speelt daarbij wel een belangrijke rol. Hij kent het recht en ziet toe op een juist procesverloop. De bedoelde figuur stemt min of meer overeen met de priester in *Germania* 11, die belast is met het handhaven van de dingvrede.’

³⁵⁷ Heusler 1886 (II), p. 104 acht de termijn van ‘jaar en dag’ niet steeds noodzakelijk voor het ontstaan van een ‘rechte gewere’: ‘Die heutige Literatur bedient sich hiefür des Kunstausdrucks, dass durch unangefochtenen Besitz von Jahr und Tag dem Erwerber eine rechte Gewere entstanden sei. So allgemein das gelehrt wird, so wenig steht es im Einklange mit den Quellen des 12. und 13. Jahrhunderts. Die eine Stelle des Ssp, auf die man sich vorzugsweise stützt, Ssp. II, 44 § 1, bezieht sich wahrscheinlich, wie schon § 83 Anm 13 bemerkt, auf einen andern Fall. Im Sprachgebrauche des Ssp bedeutet rechte Gewere nichts andres als eine zu recht bestehende Gewere, eine legitima possessio, speciell in Anwendung auf die durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erworbene durch gerichtliche Fertigung erlangte. Denn wie die gerichtliche Fertigung erst den Eigen-thumserwerb völlig sicher stellt und in diesem Sinne eine “rechte” Eigenthums-übertragung, legitima traditio ist, so heisst auch die durch gerichtliche Fertigung erlangte Gerwere eine rechte von dem ersten Augenblicke der Fertigung an, nicht erst nach Ablauf der Jahresfrist. Das beweisen die Rechtsbücher wie auch Urkunden und Schöffensprüche.’

³⁵⁸ Dusil *HRG* (2. Auflage, 2011) # 14 (s.v. *Jahr und Tag*), p. 1348 e.v.: ‘Die Formel J. ist nicht nur in unterschiedlichem thematischen Kontext, sondern auch in zeitlich auseinander liegenden Quellen verwendet worden, was auf ihre weite Verbreitung im MA schließen lässt. Sie findet sich in salischen Formularen (*Formulae Salicae Bignonianae* [8. Jh.], MGH *Formulae*, 229) (→ Formel, Formular, Formelsammlung) und im → Hofrecht → Burchards von Worms (11. Jh., MGH *Const.* I, 640) ebenso wie in → Landfrieden (Rheinfränk. Landfriede 1179, MGH *Const.* I, 382), in → Rechtsbüchern und in → Stadtrechten. Jedoch ist weder die Herkunft von J. bekannt, noch lässt sich die Länge der Frist eindeutig bestimmen.’ Zie hierover ook: Kleyn 1986, p. 140 e.v.

³⁵⁹ de Rozière 1859 (I), p. 350 (CCXCV) en Zeumer 1886, p. 229, die het fragment als volgt weergeeft: ‘Vindiccione de servo. Domino magnifico fratri illo, emptore,

uitdrukking ‘jaar en dag’ verschijnt daarna in optekeningen van regelingen van uiteenlopende onderwerpen in verschillende Germaanse rechtsbronnen in het Karolingische gebied, onder andere in de gebieden die we tegenwoordig aanduiden als Duitsland, Frankrijk en de Nederlanden.³⁶⁰

De uitdrukking ‘jaar en dag’ wordt na de receptie door academisch geschoolden vaak geduid met behulp van het geleerde, dat wil zeggen Romeinse, recht.³⁶¹ Een voorbehoudsloze gelijkstelling van ‘jaar en dag, *annus et dies*’ met ‘annus’ is echter gevaarlijk: de begrippen stammen immers uit verschillende rechtssystemen.³⁶² Germanisten hebben pogingen ondernomen om het ontstaan

ego in Dei nomen ille, vinditur. Constat me non inmagenario iure nec nullum coagente imperium, sed propria voluntatis mei arbitrium tibi vendere, quod ita et vendidi tibi a die praesenti, vernaculo iuris meo nomen illo, non furo, non fugitivo, nong cadivo nec nulloque vitio in se habente; sed in omni corpore scimus eum sanum usque *anno et die* [cursivering, *HHR*]. (...)’ Fockema Andreae dateerde de eerste vermelding van de termijn terug tot 818 na Chr., in een toevoeging op bestaande wetgeving van Lodewijk de Vrome, de zoon van Karel de Grote. Fockema Andreae 1893, p. 76, verwijzend naar Boret 1883 (I), p. 283: ‘CAPITULA LEGIBUS ADDENDA, 11. De proprio in bannum misso. Cuiuscumque hominis proprietas ob crimen aliquod ab eo commissum in bannum fuerit missa, et ille re cognita, ne iustitiam faciat, venire distulerit *annumque ac diem* [cursivering, *HHR*] in eo banno illam esse permiserit, ulterius eam non adquirat, sed ipsa fisco nostro societur.’ In bezitsliteratuur over de termijn van ‘jaar en dag’ vindt men vaak verwijzingen naar een termijn van 12 maanden, zoals gevonden in het hoofdstuk over de verhuizenden in de Salische wet, *Lex Salica de migrantibus*, § 45. Dit voorschrift luidt: *Si autem quis migraverit in villam alienam, et ei aliquid infra duodecim menses secundum legem contestatum non fuerit, securus ibidem consistat sicut et alii vicini*. Valentin-Smith 1854, p. 7 e.v. betoogt, m.i. terecht, dat dit fragment niet ziet op bezitskwesties, zie p. 8-9: ‘Si quelqu’un a habité pendant douze mois dans une villa étrangère sans qu’il se soit élevé de réclamation, qu’il y demeure en sécurité comme les autres habitants! Voilà ce que signifie ce texte. “Il ne s’agit point évidemment, dit M. Pardessus, de l’homme qui serait venu s’emparer de la propriété d’un autre, cas prévu dans le § 17 et 18 du titre XXI; car, si la disposition était faite pour protéger la propriété privée, le consentement du propriétaire aurait suffi, et cependant une peine est prononcée dans le paragraphe 3, contre l’habitation qui accueille l’étranger, avant que le consentement de tous l’ait admis, antequam conventum fuerit. Le sort de l’homme qui venait s’établir dans un village ne devait pas être perpétuellement incertain; un an avait pu suffire aux habitants pour l’éprouver et juger s’il leur inspirait assez de confiance pour qu’ils voulussent l’admettre.”’ Hij concludeert dan ook (p. 10): ‘Dans tout ceci, comme on le voit, il n’y a absolument rien qui ait un rapport quelconque avec la possession annale.’ Vgl. De Jonge 1857, p. 53-53 (§ 11). Zie ook de voorbeelden bij Calisse 1928, p. 703, noot 1.

³⁶⁰ Zie m.n. voor de Nederlandse gebieden Fockema-Andreae 1893, p. 75 e.v., Smits 1872, p. 579 e.v.; voor Frankrijk, Valentin-Smith 1854, p. 5 e.v. en in het algemeen Puntchart 1911, p. 328 e.v. Overigens treft men de uitdrukking ook buiten het voormalige rijk van Karel de Grote aan, zie Grimm 1899, p. 306 die bijv. wijst op de oudengelse termijn ‘a twelvemonth and a day’.

³⁶¹ Zie bijv. Pothier in zijn *Traité de possession*, hieronder besproken op p. 206 e.v.

³⁶² Smits 1867, p. 580 haalt een voorbeeld aan waarin beide begrippen aan elkaar gekoppeld worden. Hij verwijst naar de vertaling van een privilege (nr. 48) dat Graaf

van de uitdrukking, haar inhoud en haar ontwikkeling te verklaren, daarbij gebruikmakend van de wijze waarop de uitdrukking in diverse optekeningen is vermeld. Die vermeldingen zijn onderling echter vaak niet eenvormig en dat heeft er mede toe bijgedragen dat er ter verklaring van de lengte van de uitdrukking ‘jaar en dag’ uiteenlopende theorieën bestaan.

Het historische feit dat verschillende wetgevers de uitdrukking meer dan 1000 jaar in voorschriften hebben gebezigd rechtvaardigt een kort overzicht van vier verklaringen die rechtsgeleerde schrijvers voor haar hebben gegeven.³⁶³

1. *De letterlijke verklaring van ‘jaar en dag’.* Grimm komt in zijn *Deutsche Rechtsaltertümer* tot de slotsom dat men de termijn letterlijk moet nemen: haar oorspronkelijke betekenis zou een afgerond jaar inhouden, iets wat buiten twijfel gesteld werd door de toevoeging van de ‘dag’.³⁶⁴ Pas in later tijden zou men bij in bepaalde gebieden een andere invulling aan deze termijn hebben gegeven.³⁶⁵

Willem in 1246 aan Delft verleend. De vertaler zou het begrip ‘jaar en dag’ nader verklaren met behulp van het Romeinse recht. Van Mieris 1753 (I), p. 235: ‘(...) want ghy fult dat weeten, dat *Prescriptio* in Latine es eene ghezettede tyt, daer een mensche by verliefen mach off winnen die Heerheyde [zie hierover mijn noot 347, *HHR*] van eenen Goede, als off een man een erfve befīt jaer ende dach ruftelick ende zonder claeghe, dat hy mitter gefetter tyt ghewonnnen heeft dat erfve, zoe machmen zeggen in Latine *Illa hereditas est prescripta*.’ Het gebruik van de term ‘heerheid’ als synoniem voor (*rechte*) *gewere* was mij onbekend. We treffen de term ook aan in de Limburgse Sermoenen (LS) uit ca 1300. In *Dets dbuec van heren Selfarts regelen* (LS nr. 44), gebruikt de onwaardige broeder Heerch zijn lippen liever voor het pochen dan voor het gebed. Scheepsma 2005, p. 157: ‘Ende als hi deen been over dander legt ende begint te seghen van sinre heerschapheit, wie ric ende van wat geborden hi ware ende wat heerheide hi hadde ende welc een ambagtsman hi ware ende wat hi dreve in der werelde – mar bedder die wile [= besteedde hij die tijd maar aan gebed], het war hem vele nūtter.’
³⁶³ Zo vinden we de uitdrukking nog terug in art. 1026 van de Code civil: Il [le testateur, *HHR*] pourra leur [les exécuteurs testamentaires, *HHR*] donner la saisine du tout, ou seulement d’une partie son mobilier, mais elle ne pourra durer au-delà de *l’an et jour* à compter de son décès [cursivering, *HHR*] en in ons eigen recht – iets minder duidelijk – in het eerste lid van art. 3:125 BW (zie nader hoofdstuk 4).

- ³⁶⁴ Grimm 1899 [N.B. 4^e druk, *HHR*], p. 307: ‘Der natürliche finn aller diefer formeln wäre nun, daß dem einzelnen jahr noch *ein voller tag* hinzugefügt würde, an welchem es für völlig abgelaufen erachtet und die erforderliche rechtshandlung vorgenommen werden könnte.’ In dezelfde zin: Sohm 1880, p. 58; Güterbrock 1909, p. 208; Puntschart 1911, p. 329; Hübner 1919, p. 12. Fockema Andreae 1893, p. 89 komt op grond van zijn onderzoek van de termijn en haar werking in de Nederlanden tot dezelfde conclusie als Grimm en schaat zich vierkant achter hem (p. 76). Puntschart 1911, p. 329 vermeldt dat Brunner zijn standpunt heeft herzien en in de 4^e editie van zijn *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte* (S. 193 Anm. 1) ook deze verklaring geeft, helaas beschik ik niet over deze of de voorgaande editie: ik kan alleen vaststellen dat deze verklaring nog gegeven wordt in Brunner/von Schwerin 1930, p. 200 (§47), noot 2. Klein-Bruck-schwaiger 1950, p. 441, meent eveneens ‘Am naheliegendsten wäre wohl die wörtliche

2. *De processuele verklaring van 'jaar en dag' aan de hand van vaste gerechtsdagen en termijnen.* Albrecht begint zijn verklaring in *Die Gewere als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts* met het aanhalen van een omschrijving van 'jaar en dag' uit het zogenoemde Silezische landrecht: 'Jaar en dag is een jaar en zes weken en drie dagen'.³⁶⁶ Op grond van deze omschrijving verklaart hij het begrip 'jaar en dag' als een verkorte vorm van een procesrechtelijke termijn, die bestond uit de tijdsperiode tussen drie zogeheten echte Dingen. Het gebruik van deze termijn zou tot de Karolingische tijd zijn terug te voeren.³⁶⁷

Auslegung, nämlich ein Jahr und ein Tag.' Zie echter Klein-Bruckswaiger *HRG* (1. Auflage, 1978), p. 291, waarin hij de in 1970 gepubliceerde verklaring van Hardenberg (verklaring nr. 3) als 'schlüssig' aanmerkt.

³⁶⁵ Grimm 1899, p. 307: 'Gleichwohl find alle germaniften und felbst die ausleger der nord. gefetze einverftanden, daß in jahr und tag der ausdruck tag künstlich zu nehmen sei und die unter vier abgehandelte fechswöchentliche frift enthalte, folglich die ganze formele *ein jahr fechs wochen und drei tage*; vgl. Eifenhart p. 238.239. Ohne zweifel hat auch diefe auslegung feit jahrhundertn bei den gerichten gegolten, (...). Allein ich halte es dennoch nicht weder für die urfprüngliche noch allgemein gültige meinung der formel; (...)'. In dezelfde zin: Sohm 1880, p. 58; Fockema Andreae 1893, p. 100; Güterbrock 1909, p. 209; Hübner 1919, p. 12 e.v.

³⁶⁶ Eichhorn 1823, p. 457 (§ 174), noot g: 'Das sogenannte Schlef. Landr. B 1. Cap. 28 (Böhme diplom. Beitr. Th. 4. S. 26). Jar und tag ift ein jar unde fechs wochin und drei tage'.

³⁶⁷ '4) Albrecht 1828, p. 115-116: 'Die Zeit von Jahr und Tag, d.h. ein Jahr, sechs Wochen und drey Tage (Eichhorn, Einleitung § 174 Note g) ift zu eigenthümlich, als daß man glauben könnte, sie sey aus reiner Willkühr und nicht aus einer bestimmten Idee hervorgegangen. Auch liegt diese Idee in Betreff der sechs Wochen und drey Tage klar vor Augen. Dieser Zeitraum bildet nämlich eine dreifache (peremptorische) Frist, wie sie bey den gebotenen Gerichten im Mittelalter üblich war, da diese in Zwischenräumen von 14 Tagen gehegt zu werden pflegten, wobey, wie es scheint, der Gerichtstag selbst nicht mit gerechnet wurde. Aber auch das Jahr muß, wie ich glaube, bey unserm Institute nicht blos als ein natürliches, sich von selbst darbietendes Zeitmaß, sondern als eben das für die ungebotenen Gerichte (Echtedinge) betrachtet werden, was der Zeitraum von sechs Wochen für die gebotenen war. [Zie over het verschil tussen het 'echte Ding' en het 'geboden Ding' hierboven mijn noot 343, *HHR*]. Da nämlich, nach Zeugnissen, die bis zur Zeit der Karolinger heraufreichen, drey Echtedinge im Jahre gehalten zu werden pflegten, so nahm die driefache Echtedingsfrist, d.h. der Zwischenraum zwischen vier Echtedingen, die Zeit eines Jahres ein.' Albrechts zienswijze vond in Duitsland o.a. navolging bij Brunner 1901, p. 173 (§ 47) [zie ook mijn noot 364, *HHR*]; Schröder 1907, p. 739 (§ 61). Stobbe 1882 (I), p. 570-571, noot 6 noemt nog een alternatieve verklaring voor het 'jaar': 'Das Jahr hat hier entweder die Bedeutung des Zeitraums, in welchem drei ungebotene Dinge abgehalten werden, *oder der Zeit in welcher ein Grundbesitzer seinen Acker ausgenutzt hat* [cursivering, *HHR*]; vgl. Stobbe *Gewere* (Ersch und Gruber's Encycl. I. Band 65) S. 460, auch Heusler *Gewere* S. 239; vgl. auch Grimm *Weisthümer* I. S. 157. § 25, es solle Niemand eine Grundstück länger denn einen nutz ungevertiget inne haben; ich verstehe die Stelle dahin, daß der neue Erwerber das Grundstück nicht länger als ein Jahr hindurch ohne Verleihung von Seiten des Herrn besitzen soll.' In Nederland werd Albrecht gevolgd

3. *De ‘maan-maand-dag-verklaring’ voor de uitdrukking ‘jaar en dag’.* Hardenberg benadrukt in zijn *Zur Frist von Jahr und Tag* het belang van de toevoeging ‘dag’ en wijst er op dat men vóór de invoering van de juliaanse kalender de tijd berekende naar de stand van de maan, dus in nachten, in plaats van naar de stand van de zon, in dagen.³⁶⁸ In historische tijden was dit nog gebruikelijk bij de Keltische druiden in Engeland en Frankrijk, hun maanden tellen 28 dagen en nachten. Van deze maanden pasten er 13 in een jaar, zoals duidelijk wordt uit Blackstone’s vermelding van de twee manieren waarop men de duur van een maand kan berekenen: hetzij als maan-maand, hetzij als kalender-maand.³⁶⁹ Zijn recht rekende nog in maan-maanden. De overgang naar de juliaanse kalender had echter tot gevolg dat er een gat ontstond tussen het kalenderjaar van 365 dagen en het 364 dagen tellende maan-maandenjaar van 13 maanden van 28 dagen. De toevoeging van de

door Coninck Liefsting 1869, p. 180-181: ‘Het landrecht van Overijssel bevat in de aangehaalde titel 8, art. 6 ook nog de aanwijzing, welk een tijdsverloop men onder jaar en dag moet verstaan. Vermoedelijk moet men bij het jaar denken aan de drie vaste rijksdagen, die geregeld in elk jaar gehouden werden. Behalve deze drie vaste rijksdagen moest nu ook nog verlopen de termijn van drie rechtsdagen, zoals de rechter die placht te verlenen, dat zijn termijnen van 14 dagen. Dat maakte zes weken en daar de rechtsdagen niet mee werden geteld verkreeg men alzo zes weken en drie dagen. Het waren aldus drie vaste rechtsdagen benevens drie rechtsdagen, zoals de rechter die gewoonlijk aanwees, die moesten verlopen, om het recht van de bezitter op het bezeten goed voorlopig aan te nemen. Men berekende dat op een jaar, zes weken en drie dagen en drukte dat korter uit door jaar en dag.’ Zie ook p. 182: ‘Beide uitdrukkingen, *jaar en dag* en *een jaar, zes weken en drie dagen*, werden door elkander en als van gelijke betekenis gebruikt.’

³⁶⁸ Hardenberg 1970, p. 289: ‘Bekanntlich war die Gesellschaft damals eine agrarische, deren Mitglieder ihr Leben, Glauben und Tätigkeiten nach den Naturereignissen richteten. Zu diesen Ereignissen gehörte nicht nur der Sonnenstand und der mit ihm zusammenhängende Wechsel der Jahreszeiten, sondern auch der Kreislauf des Mondes (holl. “maan”, engl. “moon”) und dessen Einflüsse auf der Erde. Die hervorragende Bedeutung des Mondes geht hervor aus den ältesten Religionen, aus der Zeitrechnung nach Nächten statt Tagen, wie diese noch in historischer Zeit bei den keltischen Druiden in England und Frankreich üblich war, und noch heute aus den Worten “Monat”, “maand” und “month”. Nun haben unsere Kalendermonate willkürliche, wechselnden Längen, aber der ursprüngliche Monat zählte ungefähr) wie der Kreislauf des Mondes achtundzwanzig Tage und Nächte.’

³⁶⁹ Hardenberg 1970, p. 289: ‘Blackstone schreibt über die zwei Wege, um die Länge eines Monats zu berechnen: “ ... either as lunar, consisting of twenty-eight days, the supposed revolution of the moon, thirteen of which make a year; or, as calender months, of unequal lengths, according to the Julian division in our common almanacs, commencing at the calends of each month, whereof in a year there are only twelve. A month in law is a lunar month, or twenty-eight days, unless otherwise expressed.’

‘dag’ in het maan-maandjaar zou het hebben doen aansluiten op het zonnejaar.³⁷⁰

4. *De overgangsverklaring: van ‘jaar en dag’ naar ‘jaar en gerechtszitting’*. Sohm behandelt in zijn opstel *Fränkisches Recht und römisches Recht* niet het ontstaan van de uitdrukking ‘jaar en dag’, maar hij probeert te verklaren waarom men in er in bepaalde gebieden de uitdrukking een andere invulling aan heeft gegeven.³⁷¹ Men kan Sohms verklaring beschouwen als een aanvulling op die van Grimm en als een variant van die van Albrecht. Hij stelt vast dat de inhoud van de ‘dag’ zich, met name in het Saksische recht, gewijzigd heeft naar de periode van 6 weken en 3 dagen. Volgens hem is dit de termijn van één gerechtszitting: die zou om de 6 weken plaatsvinden en een duur van 3 dagen kennen.³⁷²

Ik volsta met het geven van dit overzicht: een grondiger beantwoording van de vraag naar de oorsprong en ontwikkeling van de uitdrukking ‘jaar en dag’ is mijns inziens een afzonderlijk boek waardig. Dat geldt temeer wanneer het onderzoek zich niet enkel richt op voorschriften in Duitsland, maar ook op die van het Franse gewoonterecht. Deze worden in de Duitstalige literatuur opmer-

³⁷⁰ Hardenberg 1970, p. 289-290: ‘Die Suprematie des Sonnenkultus über den des Mondes ist erst verhältnismäßig spät eingetreten, aber die Diskrepanz zwischen einem Mond- und einem Sonnenjahr hat schon in der Urzeit die Aufmerksamkeit des Menschen erregt: ein volles Jahr, vom niedrigsten Sonnenstand bis zum nächsten, dauerte also volle dreizehn Monate und einen Tage, ode rein Jahr und einen Tag.’

³⁷¹ Sohm 1880, p. 58: ‘Die Zeit von Jahr und Tag werden wir ursprünglich als ein Jahr und einen Tag (eine Zugabe zur Frist wie in anderen Fällen eine Zugabe zur Zahlung) zu verstehen haben.’

³⁷² Sohm 1880, p. 58-59: ‘Der eine Tag hat sich im späteren Mittelalter, insbesondere im Gebiet des gemeinen Sachsenrechts, in 6 Wochen und 3 Tage verwandelt. Ich finde darin nicht, wie die jetzt herrschende gemeine Meinung, die Frist von drie gebotenen Dingen (dreimal 14 Tage), sondern die Frist von einem echten Ding. Die echte Dingfrist ist nach fränkischem Recht die Frist von 6 Wochen und die echte Dauer des Gerichts die Dauer von 3 Tagen. So bedeutet die Frist von Jahr und Tag nunmehr die Frist von einem Jahr und einem Gerichtstag.’ In min of meer dezelfde zin, en verwijzend naar Sohm, Heusler 1885, p. 57-58: ‘Der Ausdruck Jahr und Tag weist darauf, dass eine Gerichtsfrist gemeint ist, eine Frist für gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs oder eines Widerspruchs; denn er bedeutet ein Jahr, sechs Wochen und drei Tage, d.h. es wird zu dem Jahre noch die Echedingsfrist, die zwischen zwei echten Dingen liegende Zeit hinzugezählt. Je von sechs zu sechs Wochen wurde echtes Ding gehalten, und zu diesen sechs Wochen kommt noch die gesetzliche dreitägige Dauer des echten Dinges selbst.’ In afwijking van Sohm beschouwt Heusler (p. 58) de zes weken en drie dagen echter niet als een vaststaande, maar als een maximumtermijn. De echte termijn zou dus niet vaststaan, maar afhangen van het concrete geval.

kelijk genoeg vaak verwaarloosd of zelfs geheel buiten beschouwing gelaten.³⁷³ Ze zijn echter voor het Nederlandse recht van betekenis omdat het Franse, met name Bourgondische, procesrecht grote invloed heeft uitgeoefend op de regeling van bezitsbescherming in de Lage landen.³⁷⁴ Coninck Liefsting onderkent dit mijns inziens onvoldoende wanneer hij, zich baserend op Saksische bronnen, de Rooms-Hollandse schrijver Bort verwijt dat die de ‘oorspronkelijke’ betekenis van de uitdrukking niet meer kent.³⁷⁵

Ten aanzien van onze contreien lijkt mij vooralsnog de letterlijke verklaring van ‘jaar en dag’, zoals deze is onderbouwd door Fockema Andreae, de voor de hand liggende. Deze verklaring sluit, zoals opgemerkt, latere wijzigingen van de termijn in bepaalde gebieden niet uit: een op gewoonterecht gebaseerd rechtssysteem leidt immers vaak tot rechtsdiversiteit.³⁷⁶ Hardenbergs ‘maan-maand-dag verklaring’ lijkt minder aannemelijk: zij roept bij mij twee voor de hand liggende vragen op. Als de uitdrukking inderdaad voortspuit uit de gerichtheid op de maan en het tellen in nachten, waarom luidt zij dan niet ‘jaar en *nacht*’? Verder baseert Hardenberg zich voornamelijk op de Engelse overlevering, met name op de common law, waarover Blackstone inderdaad heeft gezegd dat het rekende in maan-maanden, waarvan er dertien een jaar uitmaken. Maar Hardenberg verschaft geen duidelijkheid hoe deze dertien maanden zich verhouden tot

³⁷³ Overigens niet door Heusler 1872, p. 336 e.v. (§ 27). Hem wordt echter door Fockema Andreae 1893, p. 77 e.v. verweten dat hij appels met peren vergelijkt door een *Coûtume* van Vermandois te interpreteren als een uit Orleans, terwijl ze ook nog over tamelijk verschillende onderwerpen handelen. Fockema Andreae betwist Heuslers conclusie dat ook in Frankrijk ‘an et jour’ een jaar en zes weken betekent, volgens hem heeft de uitdrukking ook daar de betekenis van een afgerond jaar.

³⁷⁴ Zie hieronder, p. 144 e.v. Vgl. Kleyn 1986, p. 167. Zie ook: Brissaud 1912, p. 328 e.v.

³⁷⁵ Coninck Liefsting 1869, p. 183-185: ‘Het was natuurlijk, dat de verkorte uitdrukking voor een herhaaldelijk terugkomende termijn het meest gebruikt werd. Onder het Germaanse procesrecht wist ieder, wat men daaronder te verstaan had: maar na de verdringing dier oude vormen door het Romeinse recht heeft de uitdrukking van jaar en dag haar oude betekenis verloren. Wel komt zij nog in de latere rechtsbronnen voor, onder andere ook in de vereisten van het bezit waarvoor de *complainte* gelicht kon worden, in art. 195 der Instructie van de Hoge Raad van Holland en Zeeland, maar men hechtte daaraan geen andere betekenis dan de tijdruimte van een vol jaar. Zelfs onze nauwkeurige P. Bort gewaagt in zijn *Tractaet over Complainte*, V, No. 37 niet eens meer van de oude betekenis, en wijst er alleen op, dat volgens alle vroegere rechten het tijdvak van een jaar altijd was genomen als bekwame termijn om voor zijn recht te waken, zodat hij, die gedurende die tijd niet naar zijn goed omzag, mocht gerekend, daarvan vervallen te zijn. Ook beroept hij zich op het Saksische recht, waarin hij datzelfde gewisch aan het verloop van jaar en dag hecht; maar zonder enigszins te vermoeden, dat oudtijds jaar en dag een langere termijn had betekend. Jaar en dag werd aldus later algemeen gerekend voor de termijn van een vol jaar.’

³⁷⁶ Zie bijv. ten aanzien van de Franse rechtsgeschiedenis Lokin & Zwalve 2006, p. 167.

de traditionele Engelse zegswijze van ‘jaar en dag’: in het oudengels spreekt men namelijk van ‘a twelvemonth and a day’.³⁷⁷

Op het gebied van bezit leidde de termijn van ‘jaar en dag’ in combinatie met ‘rustig bezit’ van onroerend goed tot wat men in het Duits aanduidt als ‘rechte gewere’, in het Frans wel als ‘vraie saisine’ of ‘possession annale’ en in het Nederlands als ‘rechte weer’. Het recht verbond gevolgen aan deze status. Mochten deze rechtsgevolgen ooit overal eenvormig zijn geweest, dan is daarvan in de periode rond het ontstaan van de *Sachsenspiegel* niet veel meer te bespeuren.³⁷⁸ Het is met name Sohm geweest die de oorsprong van de ‘rechte gewere’ in verband bracht met de regeling van de oud-Frankische koningsban, de zogeheten *missio in bannum regis*.³⁷⁹ Brunner onderschrijft deze theorie en meent dat de verschillende rechtsgevolgen te wijten zijn aan een uiteenlopende ontwikkeling van het Frankische en Saksische gewoonterecht: het laatste zou zwakkere rechtsgevolgen toekennen aan de ‘rechte gewere’ dan het Frankische.³⁸⁰ Ik volg hem in die laatste vaststelling.

Het recht van de *Sachsenspiegel* stelt het niet verplicht zijn om te ‘antwoorden’ centraal.³⁸¹ Degene met de ‘rechte gewere’ hoefde zijn voorman niet te noemen, maar kon volstaan met het afleggen van een eed dat hij zijn bezit rechtmatig verkregen had. Verder kon hij aanspraak maken op behoud van het bezit gedurende de tijd dat er een proces over liep.³⁸² Deze gunstige procespositie

³⁷⁷ Grimm 1899, p. 306 (zie mijn noot 360 *in fine*). Hij merkt op dat men in Wales spreekt van ‘a year and a day’.

³⁷⁸ Zie hierover bijv. Heusler 1872, p. 238; Fockema-Andrae 1893, p. 100.

³⁷⁹ Sohm 1880, p. 53 e.v., zich baserend op de bron genoemd in mijn noot 359. Ulrich Stutz 1922, p. CV merkt echter Andreas Heusler aan als de geestelijk vader van deze theorie in een artikel gewijd aan diens nagedachtenis: ‘An schönen überraschenden gelang ihm übrigens auch so noch genug. Daß eine, auf die er sich besonders viel zugut tat, die Zurückführung der rechten Gewere auf die fränkische missio in bannum, ihm von Sohm, dem er sein Manuskript geliehen, ohne jede böse Absicht, aber in etwas großartiger Nichtachtung von Heuslers geistigem Eigentum in dem berühmten Eingangsaufsatz zu unserer Zeitschrift über fränkisches Recht und römisches Recht vorweggenommen wurde und nun unter Sohms Namen ging und allgemeine Anerkennung fand, schmerzte ihn zeitlebens, wenn er es auch dem Freunde nicht nachtrug.’ Hoe het ook zij, deze theorie geeft de termijn van ‘jaar en dag’ een centrale plek in haar verklaring van het ontstaan van de ‘rechte gewere’. In dat verband verdient opmerking dat Heusler betoogt dat de *Sachsenspiegel* deze termijn niet steeds nodig acht voor het ontstaan van een ‘rechte gewere’ (zie mijn noot 357).

³⁸⁰ Brunner/von Schwerin 1930, p. 200-201. Vgl. Van Apeldoorn 1923, p. 560. Zie ook Hübner 1918, p. 201 e.v.

³⁸¹ Zie over dit ‘antwoorden’ hierboven mijn noten 352 en 353.

³⁸² Vgl. Coninck Liefsting 1879, p. 178, die *Ssp. Lehnrecht*, 13, § 1 aanhaalt: *Of die herre sinem manne besact gudes, dat die man an sinem gewere hevet ses weken unde jar na deme dat he untving, ane des herren rechte wederspraecke, of die man die rechten geweren dar an getügen mach mits even mannen, des lenes gewers sterct he al ene uppe’n hilgen, um beholt dat gut ane getüch, of man mit rechter klege die gewere ime*

vindt haar rechtvaardiging ongetwijfeld in de ‘verzwijging’ van degene een klacht tegen de bezitter kon instellen, maar het niet deed.³⁸³ Hierdoor achtte men zijn recht op de zaak tijdelijk ondergeschikt aan dat van de bezitter, maar het werd hem niet geheel ontzegd.

In Frans gewoonterecht van ongeveer dezelfde periode treft men bij onroerend goed vaak een aanmerkelijk strengere sanctie aan op ‘verzwijging’: de *vraie saisine* leidt dan tot verwerving van het beste recht op het goed, zoals blijkt uit het uit 1181 daterende stadrecht van Noyon.³⁸⁴ Valentin-Smith wijst er

nicht breken ne mach, ‘waar ook duidelijk is uitgesproken: dat de leenman, die rechte weer heeft door bezit van zes weken en een jaar (van gelijke betekenis als *jaar en dag* zie bl. 180) voorlopig hangende het proces in het bezit blijft, tot zolang door uitwijzing van het proces op de rechtmatige vordering van de Heer het bezit ontzegd worde. Deze plaats luidt aldus: “Indien de heer ontkent zijn horige goed in leen te hebben gegeven, dat de man zes weken en een jaar, nadat hij de opdracht daarvan had gekregen, in zijn bezit had gehad zonder tegenspraak van de heer, indien de man de rechte weer op dit goed mag bewijzen door het getuigenis van zeven mannen, dan bewijst hij het bezit van het leen alleen door zijn eed op de reliquie van een Heilige, en behoudt het goed, *tenzij men door een wettige vordering hem het bezit* (door rechterlijke uitspraak) *ontneme*.” De laatste woorden tonen, dat de rechte weer hier ook alleen voorlopig het bezit verlende, terwijl over het recht op het goed verder kon gepleit worden, zoals men dat later noemde in *possessorio plenario*.’

³⁸³ Germaanse processen, waaronder die in Saksen, kenden een andere inrichting dan de huidige: zij vonden plaats in volksvergaderingen, *dingen* (zie ook hierboven, p. 96). Dergelijke volksvergaderingen werden meestal drie maal per jaar gehouden en kenden een zogeheten *dingplicht*: alle vrije, weerbare mannen van onbesproken gedrag dienden bij het *ding* aanwezig te zijn. Wie wat met een ander stamlid te verhapstukken had, bijvoorbeeld een geschil over grond, had dus in een jaar meerdere malen de gelegenheid om zijn grief rechtens naar voren te brengen. Deed hij dit niet, dan ‘verzweeg’ hij zich en had hij de gevolgen daarvan aan zichzelf te wijten. De rechtsgevolgen van verzwijging vinden dus hun grondslag in verwijtbaarheid. Dit verklaart ook waarom een rustig bezit van jaar en dag soms toch geen werking had tegen personen die een geldige reden hadden om niet op de *dingen* aanwezig te zijn. Erler *HRG* (1. Auflage, 1998) # 5 (s.v. *Verschweigung*) noemt bijvoorbeeld verplichtingen in het buitenland zoals pelgrimstocht of heervvaart en handelingsonbekwaamheid (zie het handvest van Roye in mijn noot 384 en Glasson 1890, p. 595: ‘La cour des bourgeois suppose la vente d’une hérédité par un héritier apparent et elle déclare l’acheteur propriétaire au bout d’un an et jour, de sorte que l’héritier véritable ne peut plus alors rien réclamer; mais d’ailleurs elle suspend cette prescription pour cause de minorité.’). Zie voor een uitgebreid historisch overzicht van de verzwijging: W. Immerwahr, *Die Verschweigung im deutschen Recht*, (Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte 48. Heft), Breslau: Koebner 1895. Zie ook: Nève 1985, p. 23 e.v.; Hübner 1918, p. 14 e.v., p. 200 e.v.

³⁸⁴ Valentin-Smith 1854, p. 47 (§ 7): ‘La Charte de Noyon, de l’an 1181, qui fut d’abord jurée en 1108, porte ce qui suit: “Si quis terram vel domum, vel quamlibet tenuitum præsentis adversario suo nec contradicente per annum et diem tenuerit, postea sine contradictione possidebit. La Charte de Roye, de l’an 1183, renferme le même principe de prescription annale, mais modifiée par une exception en faveur des mineurs et des absents.’ Zie Heusler 1872, p. 341 e.v. voor soortgelijke voorschriften. Zie ook Giraud 1830, p. 27: ‘Cet établissement de la prescription annale, en faveur de la possession, est

op dat voor een dergelijke verwerving vaak nog wel een extra eis gesteld werd: het kunnen beschikken over een schijnbaar geldige titel, een *titre coloré*.³⁸⁵ De eis van de titel, de juridische grondslag voor overdracht, is opmerkelijk omdat ze getuigt van een ander rechtsbewustzijn dan dat we aantreffen in het recht van de *Sachsenspiegel*.³⁸⁶ Wellicht kan dit verschil tussen dit stelsel en dat van de *Sachsenspiegel* verklaard worden met behulp van het Romeinse recht waarmee *Gallia*, anders dan *Germania*, na haar onderwerping al vroeg vertrouwd was geraakt. Het Romeinse recht beschermde een gekwalificeerd bezit, het zogeheten Publiciaans bezit, dat eigenlijk een tussenvorm was tussen *possessio* en *dominium*.³⁸⁷ Ik acht het mogelijk dat de titeleis bij de *rechte gewere* een aan de Publiciaanse bescherming ontleende nadere invulling is voor het bewijs van de eerbearheid, een begrip dat reeds volgens Tacitus een centrale plek innam in het leven van de Germanen.³⁸⁸ Het Romeinsrechtelijke concept van de goede trouw, *fides*, sluit hier goed op aan.³⁸⁹

un fait précieux à recueillir dans l'histoire de notre droit français, parce que c'est de cette prescription que vient notre possession annale, en matière possessoire. *Lorsque plus tard on apprit à distinguer la propriété de la possession, on changea seulement en prescription provisoire, ce qui dans l'origine était une prescription définitive* [cursivering, *HHR*]. Zie ook het fragment van Wielant bij noot 666.

³⁸⁵ Valentin-Smith 1854, p. 47 (§ 7): 'La plupart, au surplus des autres Chartes, comme celle de Beauvais, de Saint-Quentin, de Pontoise, etc., de meme que les lois de Jérusalem, donnèrent à la possession d'an et jour, l'effet d'une prescription acquisitive de la propriété, mais alors seulement que le propriétaire avait en sa faveur un titre *coloré*, suivant l'expression du palais.' Diderot, geeft in zijn *Encyclopédie* (1e editie, 1751, band 16, p. 360) *sub* titre coloré de volgende omschrijving: '*Titre coloré* est celui qui paroît légitime, & qui a l'apparence de la bonne foi, quoiqu'il ne soit pas valable, ni suffisant pour transférer seul la propriété, si ce n'est avec le secours de la prescription. Voyez Possession, Prescription.' Zie nader: Hübner 1918, p. 14.

³⁸⁶ Zie ook hieronder, noot 389. Dat het Franse recht op het gebied van bezitsbescherming een hogere ontwikkeling kent dan het Duitse benadrukt (met een andere onderbouwing) ook Heusler 1872, p. 337 e.v., die overigens het ontstaan van de 'rechte gewere' gelegen ziet in de moeilijkheid om na een lange tijd nog de verkrijgingsgrond aan te kunnen tonen.

³⁸⁷ Het onderscheid is subtiel: zelfs Gaius omschrijft het door de *praetor* toegekende Publiciaans bezit als een tweede verschijningsvorm van eigendom. Vgl. Gaius II, 40: 'Maar later heeft de eigendom een onderverdeling ondergaan in die zin dat de één naar Quiritisch recht eigenaar van iets kan zijn en dat een ander dat naar praetorisch recht in zijn vermogen kan hebben.' *Sed postea diuisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.*

³⁸⁸ Tacitus, *Germania*, 24, *Victus voluntariam servitutum adit: quamvis iuuenior, quamvis robustior adligari se ac venire patitur. Ea est in re prava pervicacia; ipsi fidem vocant.*

³⁸⁹ Het Romeinse recht eiste voor bescherming op grond van Publiciaans bezit een voor eigendomsverkrijging geschikte zaak, *res habilis* (het kwalificeerde bepaalde goederen, zoals tempels, wegen, als 'zaken buiten de handel', *res extra commercium*, en derhalve onvatbaar voor privé eigendom), bezit, *possessio*, een titel, *titulus*, en goede trouw, *fides*. Die goede trouw diende in het Romeinse recht alleen bij aanvang van de verjaring

Een dergelijke harmonisatie van concepten zou ook helpen te verklaren waarom het Franse gewoonterecht de bezitter na afloop van de termijn van jaar en dag het beste recht op het goed verleende: in het Romeinse recht beschikte de Publiciaanse bezitter na het verstrijken van de termijn eveneens over het sterkste recht.³⁹⁰ Franse auteurs beschrijven deze versterking van de positie van de bezitter vaak in termen van verkrijgende of bevrijdende verjaring, afhankelijk van het door hen gelegde accent.³⁹¹

De vraag of men het proces moet duiden als verkrijgende of bevrijdende verjaring lijkt mij echter van minder belang, omdat de *gewere*, zoals ik hieronder nog nader uiteen zal zetten, ook zónder de termijn van jaar en dag als een recht beschouwd moet worden.³⁹² Hierin verschilt het van het feitelijke Romeinse bezit, dat pas door verjaring verheven wordt tot recht. De juiste zienswijze lijkt mij dat dat de *gewere* reeds een recht op een zaak inhoudt en dat het verstrijken van de verzwijgingstermijn van jaar en dag dit recht relatief sterker maakt. Zo bezien maakt het weinig uit of de relatieve sterkte van het recht

aanwezig te zijn (*mala fides superveniens non nocet*), maar het inheemse recht bevatte dus een goede voedingsbodem voor de receptie van het canoniekrechtelijke uitgangspunt dat goede trouw gedurende de gehele verjaringstermijn nodig was. Daarover: Feenstra 1984, p. 74 (nr. 136).

³⁹⁰ Door de verkrijging van het eigendomsrecht zou men geen behoefte meer hebben aan de Publiciaanse actie (D. 6,2,1,1), zie mijn noot 1523.

³⁹¹ Vgl. Valentin-Smith 1854, p. 47: ‘Les Chartes communales consacrèrent non seulement une saisine de droit, mais encore une saisine de fait, résultant d’une prescription de la propriété pouvant s’acquérir par l’effet seul d’une possession d’an et jour.’; Glasson 1890, p. 595-596: ‘En un mot, l’idée de prescription à pénétré dans le droit coutumier ou pour mieux dire s’y est développée sous l’influence du droit romain.’ Brissaud 1935, p. 295-297: ‘La tenure d’an et jour des chartes municipales du nord de la France a la même origine que la *rechte Gewere* du droit allemande. C’est l’ancienne déchéance résultant de l’an et jour *qui s’est transformée en usucapion* [cursivering, HHR] et qui a pour condition primordial la possession annale de l’acquéreur; la procédure préalable de mise en demeure des ayants droit est fréquemment tombée en désuétude; on supplée à son absence par la publicité de la tradition ou de la prise de possession. Mais les effets de la déchéance ont persisté: il en résulte une fin de non-recevoir absolue contre toute prétention adverse (à titre de propriété, de servitude, d’obligation), *et par suite, les droits des tiers, quels qu’ils soient, ceux des parents, ceux même d’un acquéreur antérieur, sont purgés* [cursivering, HHR].

Cette institution perdit de l’importance à mesure que la théorie de la possession fut mieux établie; elle devint une exception dans les Coutumes du seizième siècle; à ce moment, l’unique effet de la possession annale est de donner droit aux actions possessoires; elle ne fait point acquérir la propriété.’ Zie ook mijn noot 869 waarin ik citaten van modernere schrijvers (Halpérin 2008 en Lévy & Castaldo 2002) heb opgenomen. Zie verder mijn noot 362 over de romanisering van verzwijgingstermijn van jaar en dag.

³⁹² Zie hieronder, p. 120 e.v.

voortvloeit uit een versteviging van het recht van de bezitter of een verzwakking van het recht van de ‘verzwijger’.³⁹³

In het gebied dat we tegenwoordig aanduiden als Nederland zien wij in de Middeleeuwen wisselende rechtsgevolgen gekoppeld aan de *rechte gewere*. Dat is ook niet verwonderlijk, wanneer wij bedenken dat de inwoners van dit gebied deel uitmaakten van verschillende stammen. Fockema Andreae concludeert dat deze verscheidenheid het recht van de latere Middeleeuwen heeft beïnvloed.

In de meeste gewesten vinden we daarom een mengvorm, uit de wisselwerking van Friese, Frankische en Saksische invloeden ontstaan recht, waarin in de ene aangelegenheid het ene, maar in de andere weer een ander element meer op de voorgrond treedt.³⁹⁴

Ten aanzien van de ‘rechte gewere’ lijkt soms de ‘Franse zienswijze’, soms de ‘Saksische zienswijze’ ingang te hebben gevonden. Zo concludeert Fockema Andreae ten aanzien van het Friese gewoonterecht – op basis van de weinige bronnen waarover we beschikken – dat de meeste daarvan lijken aan te geven, dat de *rechte gewere* de bezitter een verweermiddel gaf, dat op zich voldoende was om zich in rechte te verweren.³⁹⁵ Het Friese gewoonterecht schijnt dus de harde sanctie te hebben gekoppeld aan de verzwijging bij de ‘rechte gewere’. Het verbaast niet dat we in het Saksische recht van Overijssel een andere zienswijze aantreffen. Coninck Liefsting noemt het *Landrecht van Averissel*, IV, artt. 6 en 7. Hij wijst er op dat het laatste voorschrift bepaalt dat een bezitter die jaar en dag in het rustig bezit is geweest, voorlopig in het bezit moet blijven, totdat uitspraak is gedaan over het minder of beter bezit van hem en de eiser.³⁹⁶ Hier staat dus de gunstiger procespositie centraal.³⁹⁷

³⁹³ Vgl. Fockema Andreae/Van Apeldoorn 1939, p. 131.

³⁹⁴ Fockema Andreae 1893, p. 102: ‘Wie man sich die ursprüngliche Stammesgrenze in den Niederlanden auch zu denken habe, unzweifelbar ist, dass im späteren Mittelalter die Sachsen namentlich auf die östlichen Gegenden vielfachen Einfluss geübt haben, der sowohl in der Sprache und in der Bauart, als im Rechte deutlich erkennbar ist. In den meisten Provinzen finden wir also ein gemischtes, aus der Wechselwirkung von friesischen, fränkischen und sächsischen Einflüssen entstandenes Recht, in welchem in dieser Materie der eine, in jener der andere Factor mehr in den Vordergrund tritt.’

³⁹⁵ Fockema Andreae 1893, p. 102-103: ‘Für die friesischen Lande sind unsere Berichte über die rechte Gewere etwas dürftig. Jahr und Tag stand auch hier die Klage dem Berechtigten frei; war diese Frist vergangen, so gab sie dem Besitzer ein Wehrmittel gegen den Angriff. Die meisten Stellen würden uns glauben machen, dass dies Wehrmittel an sich genügte, um den Anspruch zu entkräften.’ Zie over de *rechte gewere* in het Friese recht Van Apeldoorn 1923 (p. 349-380 & m.n. 557-578) en mijn noot 356.

³⁹⁶ Coninck Liefsting 1869, p. 179.

³⁹⁷ Zie ook hierboven, p. 106.

Het in kaart brengen van de werking die de *rechte gewere* in de Middeleeuwen in onze contreien heeft gehad wordt niet alleen bemoeilijkt doordat de bevolking van dit gebied niet eenvormig was, maar ook door de receptie van het aan het inheemse recht vreemde Romeinse recht en het door de landheer van de meeste gewesten ingevoerde Bourgondische procesrecht.³⁹⁸ Het lijkt dus niet mogelijk een algemene regel te vinden: men zal per gewest en wellicht zelfs nog regionaler moeten onderzoeken welke werking de *rechte gewere* had.³⁹⁹ Daarbij zal men niet uit het oog mogen verliezen dat het recht in een en dezelfde plaats in de loop van de tijd mogelijk meerdere werkingen aan de *rechte gewere* heeft toegekend.⁴⁰⁰ Het hiervoor benodigde bronnenonderzoek gaat het bestek van mijn onderzoek te boven. Ik beperk me tot de vaststelling dat men na de receptie de *gewere* als *possessio* begint aan te merken, zoals ik hieronder nog uiteen zal zetten.⁴⁰¹ Zodoende wordt de *gewere* in het zakenrechtelijk firmament onder de eigendom, *dominium*, geplaatst. Men kent echter nog steeds het gekwalificeerde bezit van jaar en dag. Dat gekwalificeerde bezit wordt beschermd door een bezitsactie waarover we nog nader te spreken komen: het zogeheten *mandament van complainte*.⁴⁰² De invoering van deze bezitsactie veranderde het karakter van het bezit van jaar en dag: men kan het nu inzetten bij bezitsstoringen, met andere woorden, het bezit van jaar en dag dient niet louter meer als verweermiddel tegen klachten van anderen.

Hierboven kwam al kort de verhouding tussen *gewere* en *possessio* aan de orde.⁴⁰³ Er bestaat een wezenlijk onderscheid tussen de bescherming van de *gewere* en die van de Romeinsrechtelijke *possessio*: *gewere* verleent bescherming aan een ruimere kring van gerechtigden dan de Romeinse bezitsinterdicten. Wie op bescherming aanspraak kunnen maken hangt af van het type *gewere*. *Gewere* is namelijk geen eenvormig begrip: wanneer we haar werking proberen te

³⁹⁸ Zie hieronder, p. 144.

³⁹⁹ Zo komt bijv. Fockema Andreae 1893, p. 103 tot de conclusie dat in het Friese recht van Emsingo verschilt van het ‘algemene’ Friese recht.

⁴⁰⁰ Zo noteert Coninck Liefsting 1869, p. 175 dat men in latere costumen aan rustig bezit van jaar en dag, onder zekere voorwaarden, wel verjaring heeft verbonden, als middel van eigendomsverkrijging. Als voorwaarden noemt hij koop of een andere geldige titel en een formele overdracht ten overstaan van het bevoegde gezag, zoals schout en schepenen. De laatste voorwaarde vindt mijns inziens zijn verklaring in de overname van de oorspronkelijke overdrachtsfunctie van het Ding (zie mijn noot 344) aan de nieuwe gezagsorde.

⁴⁰¹ Zie hieronder, p. 130 en mijn noot 509.

⁴⁰² Zie hieronder, p. 148.

⁴⁰³ De Blécourt/Fischer 1967, p. 125 e.v. (nr. 86 e.v.) geeft een overzicht van de verschillen in ons oud-vaderlandse recht.

omschrijven aan de hand van de Romeinsrechtelijke indeling van zaken als roerende en onroerende krijgen we verschillende uitkomsten.⁴⁰⁴

Bij roerende zaken gold als hoofdregel dat maar één persoon in de *gewere* kan zijn.⁴⁰⁵ Dit is degene die zaak heeft, die de zaak ‘be-zit’. Normaliter zal dat degene zijn die het Romeinse recht aanduidt als eigenaar, *dominus*, maar dit hoeft niet het geval te zijn: een eigenaar kan de macht over de zaak kwijtraken, hetzij vrijwillig, hetzij onvrijwillig. Vrijwillige overdracht van een roerende zaak, bijvoorbeeld op grond van het contract van bruikleen, leidt volgens de heersende leer tot verlies van de *gewere*.⁴⁰⁶ De *gewere* wordt dan namelijk door de eigenaar afgegeven aan de bruiklener, terwijl deze uit contract gehouden is om de *gewere* na afloop van de termijn weer terug te geven. De hiernavolgende bepaling illustreert dit: degene die een ander paarden of een kledingstuk of kledij of enigerlei roerende zaken uitleent of verpand, of op welke andere wijze vrijwillig uit zijn *gewere* laat, wanneer degene die ze hierdoor in zijn *gewere* heeft verkregen ze verkoopt, of verpand, of bij het spel verliest, of wanneer ze hem door diefstal afhandig wordt gemaakt, of door roof; degene die ze heeft uitgeleend of verpand, die heeft er nadien geen aanspraak meer op, behalve tegen degene, aan wie hij ze uitleende of verpandde.

Ssp. II, 60 § 1: Svelk man enen anderen liet oder sat perde oder en kled oder en kleid oder ienegerhande varende have, to svelker wis he die ut von sinen geweren let mit sime willen, verkoft sie die, die sie in geweren hevet, oder versat he sie, oder spelet he die, oder wert sie ime verstolen oder afgerovet; jene die sie verlegen oder versat hevet, die ne mach dar nene vorderunge up hebben, ane uppe den, deme he sie leich oder versatte.⁴⁰⁷

De tekst maakt verder duidelijk dat *gewere* niet op één lijn gesteld mag worden met de Romeinse eigendom, *dominium*. Dat recht blijft immers behouden als men het voorwerp waarop het rust aan een ander overhandigt op grond van een titel die geen overgang beoogt. Evenmin mag *gewere* op één lijn gesteld worden met het Romeinsrechtelijke, door interdicten beschermde bezit, *possessio*. Hiervan waren bruikleners en andere detentoren uitgesloten: zij konden in het Romeinse recht in principe geen beroep doen op de bezitsinterdicten.

⁴⁰⁴ Het *saisine*-recht kende niet zuiver het Romeinsrechtelijke begripsmatige onderscheid tussen roerende en onroerende zaken, *res mobiles* en *res soli*, zie hieronder p. 223.

⁴⁰⁵ Müller 2010, p. 26; Ogris 2009, p. 349; Korte 1981, p. 4; Ogris 1964 s.v. *gewere*, p. 1660; Planitz 1931, p. 79; Hübner 1919, p. 351; Gierke 1905, p. 192.

⁴⁰⁶ Salomons 1997, p. 23. Zie in het algemeen zijn uiteenzetting over de ‘Germaansrechtelijke derdenbescherming’ op p. 19-26. Vgl. Korte 1981, p. 30 e.v.

⁴⁰⁷ Geciteerd naar Planitz 1931, p. 180. Vgl. De Geer van Jutphaas 1888 (I), p. 72-73. Zie ook: Smits 1872, p. 65; Heusler 1872, p. 279; Gierke 1905, p. 191 (noot 14) en Schott/Schmidt-Wiegand 1984, p. 164.

Vergeleken met de strak gereguleerde bescherming van de bezitter in het Romeinse recht doet de bescherming van de *gewere* van roerende zaken wat vormloos aan: het neemt als uitgangspunt de bescherming van eenieder die de zaak onder zich heeft en dit kan – uitgedrukt in het Romeinsrechtelijke begrip-penkader – de eigenaar zijn, maar bij vuistpand ook een bezitter en bij bruikleen of huur zelfs een houder.⁴⁰⁸

De regel dat men zich bij vrijwillige overhandiging van roerende zaken alleen kan verhalen op zijn contractspartner wordt wel beeldend uitgedrukt met de rechtsspreuk “*Hand wahre Hand*”.⁴⁰⁹ De spreuk geeft aan dat degene aan wie de *gewere* op contractuele grondslag overhandigd is, de zogeheten tweede hand, deze na afloop van het contract weer moet teruggeven aan de eerste hand. Het begrip *wahren*, oudhoogduits *biwāron*, Middelhoogduits *warn*, Engels *beware*, duidt deze bewaarplicht aan en kan juridisch vertaald worden met ‘zich aansprakelijk stellen’ of ‘instaan staan voor’.⁴¹⁰ Na de overhandiging is de tweede hand jegens de eerste aansprakelijk voor de teruggave van de roerende zaak en, dit is van groot belang: niemand anders. Komt de zaak vervolgens, om welke reden dan ook, in handen van een derde (hand), dan kan de eerste hand

⁴⁰⁸ Vgl. Hübner 1919, p. 183-184: ‘Wenn das römische Recht außer dem Eigentümer nur noch dem Faustpfandgläubiger, Prekaristen und Sequester Besitz zusprach – eine nicht aus begrifflichen, sondern wohl aus historischen und sozialen Gründen erklärbare Ausnahme von der Regel: die gemeinrechtliche Doktrin sprach hier von “abgeleiteten Besitz” – nicht dagegen dem Depositar, Kommodatar, Mandatar, Mieter und Pächter, so drang diese Lehre nicht durch. Man war vielmehr bestrebt, jeder auf ein eigenes Recht beruhenden Sachherrschaft den Charakter des juristischen Besitzes zu wahren und ihn nur da, wo solche in fremden Namen ausgeübt wurde, zu versagen – entsprechend dem alten Recht der Gewere. Man versuchte indes mit dem römischen Recht dadurch zu vereinigen, daß man z.B. entweder an Stelle des von der herrschenden Theorie geforderten *animus domini* den weiteren *animus rem sibi habendi* setzte’ oder daß man die Fälle des abgeleiteten Besitzes erweiterte. Auch die Gesetzbücher folgten diesen im Gewere-recht wurzelnden Bestrebungen. Am entschiedensten das preußischen Landrecht, das dem der alten “Eigengewere” entsprechenden “vollständigen Besitz”, der allein sich mit der *possessio* deckte, einen “unvollständigen Besitz” zur Seite stellte und unter ihn jede andere Sachherrschaft als die des Eigentümers begriff, die mit der Absicht verbunden ist, ein Recht für sich auszuüben. Das Landrecht kannte also neben dem Eigenbesitz einen eigenen Besitz des Pächters, Mieters, Nießbrauchers usw.; und nur im Fall der Verwaltung in Ausübung fremde Rechts nahm es unselbständige Inhabung an, versah freilich auch diese Dritten mit dem Besitzschutz. Das bürgerliche Gesetzbuch hat die Entwicklung in durchaus deutschrechtlichen Sinn zum Abschluß gebracht.’

⁴⁰⁹ Men treft hem ook wel aan in de vorm “*Hand soll/muß Hand wahren*”, zie Ogris *HRG* (2. Auflage, 2010) # 11 (s.v. *Hand wahre Hand*), p. 698-702; Ogris *HRG*, (1. Auflage 1964) s.v. *Hand wahre Hand*, p. 1928-1936. Zie verder Zwalve 2006, p. 123 e.v.; Salomons 1997, p. 17 e.v; Korte 1981; De Blécourt/Fischer 1967, p. 138 e.v. (nr. 91).

⁴¹⁰ Zie de literatuur genoemd in mijn noot 409. We vinden deze op de tweede hand rustende bewaarplicht herhaald in *Ssp. III*, 5 § 4: *Svat man aver deme manne liet oder sat, dat sal he unverderft weder bringen, oder geleden na sime werde*. Geciteerd naar Planitz 1931, p. 178.

zich alleen beklagen bij de tweede hand. Dat laatste wordt kernachtig uitgedrukt in de rechtsspreuk “*Wo Du Deinen Glauben gelassen hast, dort sollst Du ihn suchen*”, vrij vertaald: ‘Waar je je vertrouwen gelaten hebt, daar moet je het maar zoeken’.⁴¹¹

De tekst van *Sachsenspiegel* II, 60 §1 ziet op gevallen waarin de eerste hand vrijwillig afstand deed van de *gewere* van een roerende zaak. De overhandiging *mit sime willen* bewerkstelligde de overgang van de *gewere* en de vestiging van de aansprakelijkheid van de tweede hand. Het wilselement lijkt van doorslaggevende betekenis te zijn voor de rechtmatige overgang van de *gewere*.⁴¹² Dit schijnt blijken een arrest uit 1278 niet anders te zijn geweest in het Franse recht.⁴¹³ Ook op een andere plaats in de *Sachsenspiegel* vinden we uitgedrukt dat een rechtmatig verlies van de *gewere* in velerlei vormen kan plaatsvinden, maar dat deze pas rechtmatig is wanneer het verlies plaatsvindt op een ongedwongen – met andere woorden: vrijwillige – basis.

Ssp. II, 24, § 2: Itlich man mag sines gutes wol einik werden mit rechte, ab herz verkouft adir versetzt adir uflesit, adir sich variaret kegen sime herren, adir ab ez im verteilet wirt zu lantrechte adir zu lenrechte, adir zu welcher wiz her ez abe get unbetwungen, so iz her der gewere gelosit mit rechte. Dar umme mag man nimande sine gewere abe gezugen mit rechte, der die gewere hat, si en werde im abe gewinnen, da her zu antwerte si adir werde dar umme beklaget unde geladen zu rechter antwerte.⁴¹⁴

⁴¹¹ Ogris 1964 s.v. *Hand wahre Hand*, p. 1929-1930. Hij noemt ook de rechtsspreuk “*Trau, schau wem*”.

⁴¹² Van Apeldoorn 1930, p. 196 e.v. Men kan zich afvragen of deze Germaansrechtelijke zienswijze de wijze waarop sommige glossatoren het Romeinse recht uitlegden heeft beïnvloed (zie noot 455). Zo lezen we bij Landsberg over de 12^e eeuwse hoogleraar Martinus Gosia – één van Bologna’s beroemde vier doctoren, *Quattuor Doctores* – een verwijzing over diens ‘billijkheidsgevoel’: ‘(...) es genüge aber schließlich hervorzuheben, wie Martinus seinen Billigkeitsgefühlen ganz besonders freien Lauf gelassen hat bei der Lehre vom Ersatz für solche Gegenstände, welche ohne den Willen des Eigentümers durch Verbindung, Accession oder dergleichen mehr in das Eigenthum eines andern übergegangen sind: er gab nämlich dem frühern Herrn stets in solchen Fällen die actio in rem utilis, also eine dingliche Klage, wo doch äußerstenfalls nur von einer persönlichen de Rede sein kann.’ Landsberg 1883, p. 15-16. Vgl. Kantorowicz & Buckland 1938, p. 88: ‘Martinus lived in a Catholic town, near the frontier of Lombardy, where legal institutions of Lombardic, i.e. Germanic origin, still prevailed. If certain doctrines of the Roman law appeared to him inequitable, this may have been sometimes due to medieval, religious and Germanic influences, and this has indeed been said of him in his own time as well as ours.’

⁴¹³ Zie hieronder mijn noot 521. Ik zal hieronder betogen dat Hugo de Groot zelfs de *Sachsenspiegel* in verband brengt met dit arrest.

⁴¹⁴ Von Schwerin 1962, p. 72.

De Nederlandse Saksenspiegel bevat dezelfde bepaling.

Saksenspiegel CIII (II.24): Iewelic man mach sines rechtes goedes wel ledich werden mit rechte. Ist dat hyt vercoept of verset of oplaet of hem veriaeret iegen sinen here of dat hem verdeelt wert te lantrecht of te leenrecht of te welker wys hys of gaet ongedwonghen, is hi der were gheloest mit rechte. Daer omne ne moet men die were niet of dwinghen den ghenen die were hevet, sine werde hem ofghewonnen daer hi te antwoerden si, of hine werde daer omme beclaghet ende gheladet te sinen rechten ghedingen.⁴¹⁵

De bepaling komt neer op het volgende: ieder kan zijn wettig goed op rechtmatige wijze kwijtraken: door het te verkopen, te verpanden of over te dragen, door te verzuimen zijn leenheer instandhouding te verzoeken,⁴¹⁶ of krachtens rechterlijk oordeel gebaseerd op landrecht of leenrecht, of op welke andere wijze dan ook zolang hij het goed zonder dwang prijsgeeft. In al deze gevallen raakt hij op rechtmatige wijze de *gewere* kwijt. Daarom is het niemand toegestaan om andermans *gewere* met een eed te betwisten wanneer de andere de *gewere* heeft, tenzij hij het de ander in diens aanwezigheid afwint voor het gerecht, of wanneer de ander ervoor is aangesproken en is gedagvaard voor zijn bindende zittingsdag.

De aangehaalde bepalingen lijken de strekking te hebben dat volgens het recht van de *Sachsenspiegel* de *gewere* alleen rechtmatig overgedragen werd wanneer dit op vrijwillige basis geschiedde. Onvrijwillige overgave veroorzaakte een juridisch gebrek in de verkrijging van de *gewere* van de tweede hand, zowel bij roerende als onroerende zaken.⁴¹⁷ Van oudsher speelde dit met name bij gestolen en geroofd goed.⁴¹⁸ Bij dergelijk onvrijwillig verlies van roerende –

⁴¹⁵ De Geer van Jutphaas 1888 (I), p. 57. Zie ook mijn noot 348.

⁴¹⁶ Een leenman moet binnen een jaar een verzoek om instandhouding van de leen indienen wanneer hij erft van een overleden leenman of wanneer de leenheer overleden is. Von Schwerin 1962, p. 72, noot 65. Zie ook Dobrozy 1999, p. 223 noot 49).

⁴¹⁷ Bij onroerende zaken neemt dit recht blijkens het volgende voorschrift uit de *Schwabenspiegel* (zie daarover mijn noot 335) niet eens verlies van de *gewere* aan wanneer iemands *gewere* hem met geweld afhandig is gemaakt. Schwabenspiegel, Lehnrecht 96: *Swem man sine gewer mit gewalte nimt, der verliuset weder gewer noch lehen*. Geciteerd naar Heusler 1872, p. 270 en Huber 1894, p. 10-11, noot 16. Zie ook Hauri 1942, p. 21 (noot 17). Vgl. Huber 1894, p. 18 e.v. m.n. noot 35 en 36; Gierke 1905, p. 195 noot 34. Ogris 1964 s.v. *gewere*, p. 1661 betoogt dat deze regel oorspronkelijk niet gold bij roerende zaken: *Erst gegen Ende des MA. Dürfte vereinzelt auch bei unfreiwilligem Besitzverlust die G. als weiterbestehend fingiert worden sein (bestr.). Ob andererseits das ma. Recht dazu gelangt ist, auch die Sachherrschaft von Dieben, Räubern und Betrügnern als G. anzuerkennen und mit den entsprechenden Wirkungen auszustatten, ist unklar.* Ik laat beide kwesties buiten beschouwing.

⁴¹⁸ Salomons 1997, p. 19-20 merkt over de historische ontwikkeling op dat tegenwoordig algemeen erkend wordt 'dat de oudste overgeleverde Germaanse rechtsbronnen

en overigens ook van onroerende zaken – kon de verliezer zijn zaak in rechte opeisen van ieder bij wie hij de zaak aantrof.⁴¹⁹ Hij kon zijn oorspronkelijke *gewere* dus met succes tegenwerpen aan elke nieuwe ‘bezitter’, ongeacht of die de zaak te kwader of te goeder trouw verkregen had.⁴²⁰ De bevoegdheid doet denken aan die van de eigenaar in het Romeinse recht, die zijn zaak in rechte kon opeisen. Maar ze bestond niet alleen voor ‘eigenaren’, maar voor eenieder die in de *gewere* was, met andere woorden óók voor ‘bezitters’ en ‘houders’. De bescherming van de *gewere* laat zich dan ook moeilijk inpassen in de Romeinsrechtelijke indeling in zakelijke en persoonlijke rechtsvorderingen.⁴²¹

uitsluitend regelingen bevatten voor opvordering van gestolen of geroofd goed. Iets jongere bronnen geven daarnaast procedures voor opvordering van roerend goed dat verloren is, of dat door huisgenoten, echtgenoten, kinderen, bedienden van de ‘rechtheb-bende’ vervreemd werd [hiervan vinden we een voorbeeld in *Ssp.* III, 6 § 1: ‘*Vertoppelt ein knecht sinen herren gut, versetzt herz ader verkouft herz, der herre mag ez wol weder vorderen mit rechte, daz her sich darzu zie alse recht iz.*’ Geciteerd naar Von Schwerin 1962, p. 100, *HHR*], en ten slotte zijn er nog recentere bronnen overgeleverd die regelingen kennen voor situaties dat zaken aan handwerkslieden zijn toevertrouwd of verpand zijn.’ Zie ook Brissaud 1912, p. 334 e.v. (§ 271) over de ontwikkeling van de “Haro” van een oorspronkelijk criminele procedure tot een bezitsactie.

⁴¹⁹ Huber 1894, p. 10; Gierke 1905, p. 206-207; p. Hübner 1919, p. 357; Hauri 1942, p. 34; Van Apeldoorn 1930, p. 197 e.v.; Planitz 1931, p. 81 e.v.; Ogris 1964 s.v. *gewere*, p. 1661 (zie ook Ogris 2009, p. 349); Zwalve 2006, p. 124. Overigens is ‘onvrijwillig bezitsverlies’ een zeer ruime term.

⁴²⁰ Over de grondslag en oorsprong van de restitutieverplichting bij onvrijwillig verlies van zaken in het Germaanse recht van de *Sachsenspiegel* en daarbuiten zijn in de literatuur uiteenlopende hypothesen opgesteld. Een helder overzicht hiervan geeft Salomons 1997, p. 26 e.v. Hij bespreekt achtereenvolgens de publiciteitstheorie, de rechtsvredebreuktheorie, de eigendomstheorie, de Elementartheorie, de Sippentheorie en de ontwikkelingstheorie. Salomons komt tot de conclusie dat dat de vraag welke theorie de ‘juiste’ is niet beantwoord kan worden, maar geeft zelf de voorkeur aan de zogeheten ontwikkelingstheorie (p. 31). Deze theorie probeert de oorsprong van de rechtsregel niet te vinden in de materiële rechtspositie van bestolene en derde, maar uit de ontwikkeling van het Germaansrechtelijk procesrecht en komt er kort en goed op neer dat de derde-verkrijger op deze wijze betrokken wordt bij het proces tegen de dief en bij het proces de nadelige consequentie van de afwezigheid van zijn voorman moet dragen.

⁴²¹ Fruin 1871, p. 1-4, vgl. p. 3-4: ‘Het karakter der actie wordt, naar de Germaanse rechtsbeschouwing, niet bepaald door de rechtsgrond, maar uitsluitend door het voorwerp, de vordering. Tegenover de clagen umme scult, d.i. om een geldsom, staan, gelijk wij zagen, de clagen umme gut, d.z. zo als de Richtsteig het uitdrukt, zulke waarbij – de cleger claget dat N [gut] under sic hebbe dat he bilker hadde wen he. – En deze laatste zijn onderling weer verschillend naar de bijzondere aard van het goed, dat gevorderd wordt. Maar dit is ook het enige verschil. Elke actie om roerend goed – er moge dan een jus in re of een obligatorische rechtsbetrekking in Romeinse zin aan ten grondslag liggen – is een clage umme varende have, gelijk elke actie om onroerend goed is een clage umme len of umme eigen edder erve. Het is natuurlijk en consequent, dat er in dit stelsel geen gewicht op wordt gelegd, of de actie tegen elke houder opgaat, dan wel alleen tegen een van de beginne af bepaalde persoon kan worden ingesteld. Bij de clagen umme varenden have zal nu eens het een, dan weer het ander het geval zijn.

Ze sluit op dit punt echter goed aan bij de canoniekrechtelijke *actio spolie* en het lijkt dan ook voor de hand te liggen om aan te nemen dat het bestaande Germaanse gewoonterecht een vruchtbare bodem bood voor de ontvangst van dit later in het canonieke recht ontwikkelde rechtsmiddel.⁴²²

We treffen een ander verschil met het Romeinse recht aan bij de *gewere* van onroerende zaken. Terwijl de hoofdregel van de *gewere* van roerende zaken overeenkwam met die van de *possessio* in het Romeinse recht – er kan slechts één persoon op de zaak ‘zitten’ – ontwikkelde de *gewere* van onroerende zaken zich anders: volgens de heersende leer kon daar een meervoudige *gewere* bestaan.⁴²³ Dit was mogelijk omdat de criteria voor de *gewere* van roerende en onroerende zaken in de loop der tijden uiteen zijn gaan lopen: de *gewere* van onroerende zaak heeft zich juridisch verder ontwikkeld. Om de *gewere* te hebben van een onroerende zaak hoefde men deze niet per se te ‘be-zitten’, maar moest

Maar dit is het gevolg van feitelijke omstandigheden en rechtsbeginselen, die op het wezen van de actie en op de plaats, die zij in het systeem inneemt, geen invloed hebben. Al reikt zij in het ene geval ook verder dan in het andere, haar voorwerp, het petitum, blijft toch altijd hetzelfde en daarop alleen komt het aan.’ Vgl. Laband 1869, p. 7 e.v.

⁴²² In dit verband is interessant het onderzoek naar het ontstaan van de *gewere* van Gerhard Köbler. Die komt tot de volgende slotsom: ‘Die Gewere ist also im Grunde kein rein germanistisches, sondern ein zumindest auch kanonistisches Institut. An ihrer Geschichte zeigt sich, wie etwa auch bei den Vorstellungen vom Richter, Richten und Gericht, oder vom Kläger, der Klage und dem Klagen, oder auch beim “essago”, ja selbst beim guten alten Recht, daß die Kirche eine viel frühere und viel tiefere Umgestaltung des germanischen Rechtslebens bewirkt hat, als gemeinhin angenommen wird, ebenso tief vielleicht wie die allen bekannte, weil offen zutage getretene hoch- und spätmittelalterliche Rezeption des römischen Rechts, die schließlich ihrerseits die Gewere wieder durch die romanistische *possessio* zumindest äußerlich ersetzt hat.’ Köbler 1975, p. 211. Zie ook mijn noot 469. Bij Van Wassenauer treffen we zelfs een vereenzelviging aan van het door de *gewere* en het door de *actio spolie* beschermde bezit. In zijn beschrijving wordt het *mandament van spolie* verleend tegen derde bezitters, bezittende te goeder trouw en uit kracht van een titel. Van Wassenauer 1729, Cap. XIV, §18 (p. 223): ‘(...) ook tegen een derde die met tytel en ter goeder trouw in de poßellie is, *also het goet eens met faute van spolie geaffecteert geweest* [cursivering, HHR]. Een dergelijke praktijk ontstijgt de grenzen van de *actio spolie*: dat rechtsmiddel kon naar zijn aard slechts ingezet worden tegen de *spoliator* en de *spoliei conscius* (zie hierboven p. 84). De beschreven bescherming sluit echter naadloos aan op het *gewere*-recht dat na een onvrijwillig bezitsverlies iedere volgende bezitsverkrijging als gebrekkig beschouwde, ongeacht de aanwezigheid van goede trouw (zie hierboven p. 116). Het zal dan ook niet als een verrassing komen dat in onze contreien vaak samenloop optrad van het uit het Germaanse recht stammende *mandament van complainte* (zie hierboven p. 111) en het canoniekrechtelijke *mandament van spolie*, hoewel de onderlinge procedures verschillen (zie hieronder p. 147).

⁴²³ Ogris 2009, p. 349; De Blécourt/Fischer 1967, p. 126 (nr. 86); Ogris 1964 s.v. *gewere*, p. 1662; Hauri 1942, p. 16; Planitz 1931, p. 67-68; Hübner 1919, p. 165 e.v.; Van Kan 1913, p. 172 e.v.; Gierke 1905, p. 192; Huber 1894, p. 29 & 30 e.v.; Laband 1896, p. 163, zie ook p. 160. Anders: Heusler 1872, p. 125 en 160 e.v. Vgl. voor de Franse *saisine* Lévy & Castaldo 2002, p. 516 (§ 359); Müller 2010, p. 26.

hem ‘in nut ende gelde hebben’, hem ‘utboren’ (beuren), met andere woorden van de zaak gebruik maken of er profijt uit trekken. Ter ondersteuning van deze zienswijze beroept de literatuur zich vaak op het volgende fragment uit een leenrechtelijke bepaling van de *Sachsenspiegel*.

Ssp. Lehnrecht, 14, § 1: (...) Svie so it [het goed, *HHR*] in nut unde in gelde hevet unde den tins dar ut nimt, it si wif oder man, die hevet die gewere dar an, (...).⁴²⁴

Dit fragment bevat het nutsvereiste en zou tot uitdrukking brengen dat ieder die nut trekt uit een onroerend goed of er door cijns inkomen uit trekt, met andere woorden, ieder die er belang bij heeft, een *gewere* heeft op dat goed. Meervoudige *geweres* zouden vaak bestaan uit 2 of 3 *geweres*, Ogris geeft het voorbeeld van de uitgave in erfpacht van een stuk grond aan een erfpachtnemer.⁴²⁵ Hieruit kon een drievoudige *gewere* ontstaan wanneer de erfpachtgever het bewuste grondstuk zou schenken aan een klooster, onder voorbehoud van een levenslang recht van gebruik tegen een symbolische huurpenning waarmee hij de *gewere* van het klooster erkende (*Anerkennungs-/Rekognitionszins*).⁴²⁶ In

⁴²⁴ Geciteerd naar Planitz 1931, p. 177. Men vindt het in deze bepaling uitgedrukte nuts criterium terug in andere bronnen, bijv. Richtsteig Landrechts 26 § 6: (...) *so vrag: we an deme gude tu rechte were hebbe? So vintme, de it in nut unde gelde hebbe*. Richtsteig Lehnrechts 29 § 7: (...) *sunder eine hebbende gewere, dat is dat du de nut dar ut borest*. Blume von Magdeburg I, 167: (...) *Vnd diß heist einz gutis gewere, wer in seynir besiczunge hot und in nutze und in gelde one rechte widersproche, alß recht*. (...) Alle bronnen geciteerd naar Heusler 1872, p. 115. Zie ook de bronnen en literatuur bij Gierke 1905, p. 191, noot 19 en 192, noot 20. Overigens zou lezing van de volledige bepaling anders doen vermoeden: de eerste zin lijkt de mogelijkheid tot het hebben van de *gewere* juist te beperken tot één persoon. *Ssp. Lehnrecht*, 14, §1: *‘En gut mach maniges herren sin, also dat it en von deme anderen hebbe, doch mut enes die gewere sin. Svie so it in nut unde gelde hevet unde den tins dar ut nimt, die hevet die gewere dar an.’* Geciteerd naar Huber 1894, p. 30 noot 69. Het eerste deel van de zin lijkt dus in tegenspraak met de gedachte dat er meerdere *geweres* mogelijk zijn, vgl. Ishikawa 1986, p. 59, zie ook p. 76 e.v. Zie ook Heusler 1872, p. 122 e.v. die de leenrechtelijke oorsprong van de bepaling benadrukt. Gierke verdedigt de heersende leer en betoogt dat we de zinsnede *doch mut enes die gewere sin* moeten opvatten als slaande op de rechtstreekse *gewere*. Gierke 1905, p. 192, zie ook zijn noot 23. Vgl. Ogris 2009, p. 349. Het bestaan van één rechtstreekse *gewere* zou geen obstakel vormen voor het bestaan van middellijke *geweres*. In dezelfde zin Planitz 1931, p. 67-68: ‘Die Möglichkeit, die Grundstücknutzung durch Leihe an mehrere zu verteilen, hat die mehrfache Gewere hervorgebracht: unmittelbare (ledigliche) Gewere hat, wer kraft Sachenrechts die natürlichen Früchte, mittelbare, wer Abgaben und Dienste aus dem Grundstück zieht.’ Ik ga niet nader in op de discussie over de zinsnede en beperk me tot de conclusie dat volgens de heersende leer een meervoudige *gewere* van onroerende zaken mogelijk was.

⁴²⁵ Ogris 2009, p. 349.

⁴²⁶ Ogris 1964, s.v. *gewere*, p. 1662. Vgl. Planitz 1931, p. 68. De directe *gewere* wordt in de bronnen ook wel aangeduid als *hebbende, brukende, gemeine, ledigliche* of *blote gewere*. Ogris 2009, p. 349.

het laatste voorbeeld had de erfpachter de directe *gewere*, de erfpachtgever een middellijke *gewere* en het klooster een rustende of aanspraakgevende *gewere*.⁴²⁷

De mogelijkheid van een meervoudige *gewere* op hetzelfde onroerende goed vloeit dus voort uit het nuts criterium. Het benutten van het goed uit willekeurig welke door het recht erkende grondslag, zoals vruchtgebruik, pacht of pand verschaft voldoende grondslag voor de vestiging van een zogeheten *zaaksgewere*.⁴²⁸ Deze vaststelling is met name om twee redenen van belang. Ten eerste omdat elke *gewere* beschermd werd, zelfs de onrechtmatig verkregene.⁴²⁹ Het bestaan van een meervoudige *gewere* impliceert dan ook meervoudige bescherming en wel een bescherming die de relatieve gerechtigdheid tot de zaak als uitgangspunt neemt. Schakels in de *gewere*-keten hebben meer recht op de zaak dan derden, maar onderling wordt hun rangorde bepaald door hun aanspraken. Zo zullen in het gegeven voorbeeld zowel het klooster als de erfpachter relatief meer tot het grondstuk gerechtigd zijn dan een derde, maar zal in hun onderlinge verhouding de erfpachter, gedurende zijn termijn, rang nemen boven het klooster en in een onderlinge twist over het grondstuk als winnaar aangewezen worden. Ten tweede zien we dat de *gewere* van onroerende zaken niet steeds synoniem is met het hebben van de zaak: ze kan ook louter bestaan uit het hebben van enig recht op nuttige voortbrengselen van de zaak, zoals huurpenningen.

Volgens Huber kan men de in de rechtsboeken beschreven kenmerken van de *gewere* van onroerende zaken – het trekken van nut en het ontvangen van huurinkomsten – beschouwen als feitelijke uitingen van een gepretendeerd recht op de zaak.⁴³⁰ Hoe het ook zij, van het erkennen van een *zaaksgewere* op het nut van een onroerende, lichamelijke zaak zal het slechts een kleine stap geweest zijn naar de erkenning van een *gewere* die aanspraak gaf op het duurzaam nut trekken uit een recht dat op enigerlei wijze te maken heeft met onroerend goed.⁴³¹ Deze stap is inderdaad gezet en een dergelijke *gewere* wordt, om voor de hand liggende redenen, wel aangeduid als *rechtsgewere*. Die term kan

⁴²⁷ Vanzelfsprekend was het mogelijk deze keten nog verder uit te breiden. Zie voor een uiteenzetting van alle verschijningsvormen van *geweres* bijv. Ogris 2009, p. 349.

⁴²⁸ Vgl. Hübner 1919, p. 167.

⁴²⁹ Zie hierboven, p. 96 e.v.

⁴³⁰ Huber 1894, p. 25: ‘Die Rechtsbücher bezeichnen die Nutzung und den Zinsbezug als die Merkmale der Gewere, weil das deutsche Mittelalter in diesen beiden Erscheinungen den tatsächlichen Ausdruck des in der Gewere behaupteten dinglichen Rechts an der Sache erblickte.’

⁴³¹ Vgl. Heusler 1872, p. 274: ‘Rechte und Gerechtsame [voorrechten, *HHR*] aller Art gehören nach deutscher Rechtsanschauung zum liegenden Gut. Damit ist schon von selbst gegeben, dass unter den gleichen Voraussetzungen, unter denen an Grundstücken eine Gewere stattfindet, auch an Rechten eine Gewere möglich ist.’ In dezelfde zin Hübner 1919, p. 185.

aanleiding geven tot verwarring. Zo merkt Gierke op dat het mogelijk is om elke beperkte *zaaksgewere* tegelijkertijd aan te merken als *gewere* aan het in haar besloten recht, m.a.w. als *rechtsgewere*, en, omgekeerd, iedere *gewere* aan een beperkt recht op de zaak als beperkte *zaaksgewere*.⁴³² In het algemeen reserveert men echter de term *zaaksgewere* voor situaties waarin de houder een aanspraak had op het bezit van de zaak en neemt men in alle andere gevallen *rechtsgewere* aan.⁴³³ Het voorwerp van een *rechtsgewere* was gevarieerd en kon, zolang het maar nut opleverde, uiteenlopen van de direct met het onroerende goed verbonden grondlasten, zoals huur, tiendheffingen tot de meer indirect met het onroerende goed verbonden voorrechten van privaat- of publiekrechtelijke aard, zoals graafschap, voogdij, het recht om een ambt te bezetten en ambtsvoorrechten, rechtsmacht, tolheffing en muntrecht.⁴³⁴ Kort en goed kon ieder beleenbaar recht voorwerp zijn van een *rechtsgewere*.⁴³⁵

Ook een houder van een *rechtsgewere* kon aanspraak maken op bescherming: op dit punt maakte men geen fundamenteel onderscheid tussen een *gewere* op een onroerende zaak en die op een recht.⁴³⁶ Zonder nader in te gaan op de algemene wijzen van verkrijging en verlies van de *gewere*, wil ik er nog op wijzen dat voor zowel *zaaksgewere* als *rechtsgewere* gold dat zij – en de bijbehorende bescherming – van rechtswege overgingen op de erfgenaam.⁴³⁷ Deze regel, die vooral bekendheid geniet vanwege de adagia *Der Tote erbt den Lebendigen* en *le mort saisit le vif*, vinden we in de volgende bepaling van de *Sachsenspiegel*:

Ssp. Lehnrecht, 6 § 1: Die vader erft uppe'n sone die gewere des gudes mit sament deme gude; dar umme ne bedarf die sone nicht, dat man ime des vader gut bewise.⁴³⁸

⁴³² Gierke 1905, p. 202.

⁴³³ Gierke 1905, p. 202.

⁴³⁴ Hübner 1919, p. 185; Gierke 1905, p. 202; Heusler 1872, p. 276.

⁴³⁵ Hübner 1919, p. 180.

⁴³⁶ Hübner 1919, p. 185; Heusler 1892, p. 278. Vgl. Gierke 1905, p. 203. Zie ook: Planitz p. 68-69.

⁴³⁷ Asser/Meijers 1941, p. 237, ziet de oorsprong van deze regel gelegen in de oude opvatting, volgens welke de erfgenamen reeds tijdens hun leven van de erflater medegerechtigd waren. Ook Glasson 1890, p. 589, dateert de regel terug naar de vroege Middeleeuwen ('... déjà à l'époque franque et contrairement au droit romain, le mort saisit le vif.') Lévy & Castaldo 2002, p. 518 (§ 360), melden dat de regel volgens de 17^e eeuwse schrijver Eusèbe de Laurière is ontwikkeld om de betaling van successierechten te vermijden.

⁴³⁸ Geciteerd naar Planitz 1931, p. 197. Zie ook Gierke 1905, p. 194-195 en zijn noot 32. Vgl. BGB § 857 – Vererblichkeit. Der Besitz geht auf den Erben über. Zie verder: Godding 1987, p. 402 e.v. en *Sachsenspiegel* III, § 83, 1.

Het voorschrift bepaalt dat de vader zijn *gewere* samen met zijn goed aan zijn zoon vermaakt en dat het daarom overbodig is dat de zoon wordt ingewezen in het goed van zijn vader. De bekleiding, *Einweisung* of *investitura*, in de *gewere* wordt, met andere woorden, bij het openvallen van de erfenis van rechtswege geacht te zijn geschied door de erflater.⁴³⁹ Op grond hiervan lijkt het gerechtvaardigd om – wanneer we de regel vertalen naar ons huidige begrippenkader – de *gewere* aan te merken als subjectief recht: het objectieve recht kent immers aan de zoon een op geld waardeerbare bevoegdheid toe tot het trekken van nut uit een goed.⁴⁴⁰

⁴³⁹ Planitz 1931, p. 67: ‘Der Erbe erwirbt unmittelbar mit dem Erbfall die Gewere an den Liegenschaften, wobei der Erblasser selbst als der Übertragende angesehen wird (Der Tote erbt den Lebendigen, le mort saisit le vif). Durch bloße Auflassung ohne körperliche Besitzzeiweisung wird die Grundstücksgewere übertragen.’ Zie ook het citaat uit Wielant 1573 bij mijn noot 661; Smits 1869, p. 121 e.v. Vgl. voor de *possessio* van het Romeinse recht bijv. Iavolenus in D. 41,2,23; DEZELFDE, *Brieven I*. Wanneer wij tot erfgenaam zijn ingesteld, gaan na aanvaarding van de nalatenschap weliswaar alle rechten op ons over, maar het bezit valt ons niet toe dan alleen wanneer we ons daarvan feitelijk meester hebben gemaakt. *IDEM libro primo epistularum. Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem iura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos pertinet*. Vgl. D. 47,4,1,15 en D. 41,2,30,5. Zie ook Choi 2013, p. 5-28; Zwalve 1995, p. 135 e.v.; Pool 1995, p. 39; de Pansey 1822, p. 399 die Jean Faure (Ioannis Fabri, † 1340) citeert, uit diens *Comment. In Tit. Instit. De Interdictis*, op de glosse *non rerum*. “¶ In glof. *non rerum. in fin.* Hæc est vera; nam † licet vera possessio non transferatur ad hæredem: fingitur tamen transferri, præfertim decreta bon. pof. & hoc attento, dicitur reftitutorium, attenta tamen veritate, est adipiscendæ. Et per hoc potest excusari stylus curiæ Franciæ; vbi hæredes se dicunt faifitos, & turbati in possessione & concludunt in casu nouitatis, quamuis non fuerint adepti realiter possessionem. Geciteerd naar Dal Mayno 1609, p. 797. Zie ook De Jonge 1857, p. 159-160 (§ 7); Savigny 1865, p. 247-248 (§ 21); Modderman 1912 (II), p. 162 (§ 158); Van Oven 1948, p. 566. Op grond van de feitelijke grondslag van *possessio* concluderen bijv. Lokin 2008, p. 123 (G #27) en Van Oven 1948, p. 114 dat de Romeinse zienswijze ervan uitgaat dat het bezit niet tot de subjectieve rechten behoort. Die feitelijke grondslag levert echter wel problemen op bij de aan bezit verbonden verjaring bij erfopvolging. Zie hierover D. 41,2,13,4: De vraag is opgeworpen, of, als de erfgenaam tevoren niet bezeten had, het bezit van de erflater voor hem erbij geteld wordt. Welnu, in het geval van kopers wordt het bezit onderbroken, maar een meerderheid van de juristen neemt dit niet aan wanneer het gaat om erfgenamen, aangezien het recht van erfopvolging omvattender is dan dat van koop. Het is echter principieel juist om hetgeen voor een koper geldt ook voor een erfgenaam te laten gelden. *Queaesitum est, si heres prius non possederat, an testoris possessio ei accedat. et quidem in emptoribus possessio interruptitur, sed non idem in heredibus plerique probant, quoniam plenius est ius scuccessionis quam emptionis: sed subtilius est quod in emptorem, et in heredem id quoque probari*. Vgl.: D. 4,6,30 *pr.*; D. 41,4,7; D. 41,4,6,2; D. 41,3,40; D. 41,2,13,12; D. 41,3,45,1 en D. 41,3,24,1. Zie verder Kaser 1971, p. 395 (§ 95) & p. 423 (§ 101); Dernburg (I) 1896, p. 432-433 (§ 182) & p. 433 (§ 183). Ik laat de vraag naar de in het Romeinse recht aan bezit vastgeknoopte verkrijgende verjaring, als vallend buiten het bestek van mijn onderzoek, buiten beschouwing.

⁴⁴⁰ Zie in dit verband ook Coninck Liefsting 1869, p. XV-XIX.

Hierboven betoogde ik dat men de *gewere* niet gelijk mag stellen met *possessio*. Dit is verleidelijk, want er bestaan opmerkelijke overeenkomsten. De eerste overeenkomst vinden we in de naam: beide benamingen drukken oorspronkelijk bezitten, het ‘zitten op de zaak’, het ‘bezit houden’ uit.⁴⁴¹ Verder gingen beide bezitsvormen gepaard met het recht op zelfverdediging. Beide werden ook door het recht beschermd, zij het op uiteenlopende wijze. Maar er bestaan vooral grote verschillen. Het belangrijkste verschil vormt de grondslag van het bezit: bij de *gewere* van roerende zaken was dit een ‘hebben’ en bij die van onroerende goederen een ‘benutten’. In het klassieke Romeinse recht zag men de grondslag van de verkrijging van *possessio* gelegen in een met het *corpus* gepaard gaande gelijktijdige *animus*. Men kan er over twisten of dit een *animus domini*, de wil van een eigenaar, moest zijn of een *animus rem sibi habendi*, de wil om de zaak voor zichzelf te houden, maar cruciaal was in ieder geval dat de *animus* de uitsluiting van het bezit van de zaak door anderen in zich borg. In plaats van het bezit van de zaak kon men een ander een persoonlijk recht verschaffen dat de juridische grondslag, *titulus*, vormde voor zijn gebruik van de zaak. Aan het rechtsstelsel van de *gewere* was het onderscheid tussen zakelijk recht en persoonlijk recht geheel vreemd. Bij roerende zaken trad er een bezitswisseling op wanneer de zaak in andere handen terecht kwam, bijvoorbeeld op grond van een persoonlijk recht. Het bezit van onroerende goederen verschilde eveneens van de Romeinsrechtelijke *possessio* omdat de mogelijkheid bestond van meerdere bezitters, *compossessio plurium in solidum*.⁴⁴² Verder erkende het Romeinse slechts met tegenzin vormen van rechtsbezit:⁴⁴³ als *quasi-possessio* werd aangemerkt het bezit van erfdienstbaarheden en vruchtgebruik. Daarentegen was in het recht van de *Sachsenspiegel* de mogelijkheid van het bezit van rechten in beginsel onbeperkt. Tenslotte verschilt ook het karakter van het bezit: gezien vanuit de huidige terminologie kan men de *gewere* aanmerken als subjectief vermogensrecht, terwijl men anderzijds voor het Romeinse recht met recht kan volhouden dat bezit beschouwd werd als een feitelijk gegeven, een *quaestio facti* in plaats van een *quaestio iuris*.

Het laatste verschil werkt door in de bescherming van bezit: in het recht van de *Sachsenspiegel* werd iedere *gewere* beschouwd als recht en vond het als

⁴⁴¹ Zie voor het Romeinse recht D. 41,2,1 *pr.*: Het woord ‘bezet’ (*possessio*) is, zoals ook Labeo zegt, afgeleid van “door de voet bezette plaatsen” (*pedis sedibus*), als betrof het een “bezetten” (*positio*), omdat het bezit van nature wordt gehouden door degene die ergens op gaat staan. De Grieken noemen dit “bezet-houding” (κατοχή). *PAULUS libro quinquagesimo quarto ad edictum. Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci κατοχήν dicunt.* Het Germaanse recht legde eveneens een verband met bezetten, zie hierboven, p. 95.

⁴⁴² Dit werd in het Romeinse recht onmogelijk geacht, zie p. 32.

⁴⁴³ Vgl. Savigny 1865, p. 193.

zodanig bescherming, terwijl een feitelijke machtsverhouding in het Romeinse recht alleen beschermd werd wanneer die zich bevond binnen de bandbreedte van door de *praetor* opgestelde verordeningen. Anders gezegd: het Romeinse bezitsbegrip was beperkter dan dat van de *Sachsenspiegel* en het was onvermijdelijk dat dit gegeven spanning veroorzaakte toen de stelsels met elkaar in aanraking kwamen. Het recht van de *Sachsenspiegel* móest de huurder bezitsbescherming verlenen omdat hij zijn recht in de vorm van een *gewere* verkreeg: een recht dat hij, in principe, tegen de hele wereld, *erga omnes*, kon inzetten. Het Romeinse recht legde het accent niet op de feitelijke macht, maar op het recht dat de huurder uit het contract met zijn verhuurder verkreeg en dat hij tegen zijn contractspartij kon inzetten wanneer die faalde hem het ongestoorde genot te verschaffen. Zuiver bezien verleende de huurovereenkomst de huurder alleen aanspraak op huurgenot, hij verwierf geen aanspraak op het object. Hieruit vloeit voort dat hij tegenover derden niet beschikte over zelfstandige bezitsbescherming, maar dat hij zijn persoonlijke recht kon inzetten om zijn contractspartner ertoe te bewegen om diens rechten in te roepen. Omdat hem dus al een actie ten dienste stond om zijn belang te waarborgen en hem schadeloos te stellen, bestond er geen noodzaak voor de *praetor* om voor de huurder aparte maatregelen op te stellen.⁴⁴⁴ Van Oven lijkt dit te miskennen wanneer hij concludeert dat het Romeinse recht huurders niet beschermde: een gemis aan zakelijke bescherming impliceert nog geen volledig gebrek aan bescherming.⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ Zie voor deze zienswijze bijvoorbeeld het citaat van Hunter in noot 262. Verder ligt het in de lijn der verwachting dat de hierboven besproken koppeling van bezit, *possessio*, met verjaring, *usus* de praetor niet zal hebben aangespoord om de huurder aan te merken als bezitter.

⁴⁴⁵ Van Oven 1905, bijv. p. 140; 153, 157. Hij draagt vervolgens als oorzaak van deze vermeende onbeschermdheid aan 's wetgevers keuze voor de zakelijke functie, p. 157: 'De onbeschermdheid van de huurder is daar [in de door het Romeinse recht beïnvloede wetgevingen, *HHR*] dus een gevolg van het consequent doorvoeren van de zakelijke functie, zonder voldoende aanvulling door een volledige regeling van het rechtsbezit.' Zie met betrekking tot deze onbeschermdheid ook zijn voorbeeld op p. 213, noot 1: 'Zo is mij een voorbeeld bekend van een huurder, wiens buurman plotseling de aan des huurders tuin grenzende muur doorbrak, er een stelling aan bevestigde en begon te repareren. De huurder was volkomen machteloos, terwijl de stenen in zijn tuin hagelden.' Ik betwist Van Ovens opvatting dat de huurder in het Romeinse recht machteloos was en wijs erop dat juist de kennisgeving aan de verhuurder van de inbreuk op het huurgenot van groot belang is, omdat de verhuurder hier tevens opmerkzaam wordt gemaakt van een kennelijke inbreuk op zijn eigendomsrecht. Ook Kleyn 1992, p. 548 (zie zijn noot 26) lijkt ten onrechte als uitgangspunt te nemen de beschermde *possessio* en de onbeschermdde *detentio*. Houderschap in het Romeinse recht impliceerde een rechtsverhouding tussen de houder en degene voor wie hij hield en het was juist die rechtsverhouding waarop de verbintenis (contractueel of buitencontractueel) van de houder gegrond was. Voor de noodzaak voor de *praetor* om daarnaast maatregelen te

Het komt mij dan ook voor dat de verschillende resultaten in beide systemen eerder veroorzaakt worden door een verschillende notie van bezit (*possidere* ⇔ *besittan*) dan door een bepaalde functie van bezitsbescherming. Het stelsel van het klassieke Romeinse recht was, vergeleken met het recht van de *Sachsen-spiegel*, meer uitgewerkt omdat het onderscheidde tussen opeisingen, *vindicationes*, door zakelijk gerechtigden, bezitsinterdicten door bezitters en (buiten-) contractuele acties door detentoren.⁴⁴⁶ Deze rechtsmiddelen leverden maatwerk omdat de *praetor* ze had afgestemd op het doel en belang van de justitiabele en door een proces van kanalisering vermeed hij dat meerdere personen dezelfde actie konden instellen.

Pas toen men dit Romeinsrechtelijke onderscheid tussen zakelijke en verbintenisrechtelijke vorderingen uit het oog verloor ontstonden problemen met de bezitsbescherming. Ik wijs de Franse *Code civil* (oud) aan als oorzaak van een dergelijke begripsverwarring. Van Oven kwam namelijk niet zomaar op het voorbeeld van de huurder, hij kon een wetsvoorschrift aanhalen dat via deze Franse wetgeving ons recht is binnengedrongen.⁴⁴⁷ Het is art. 1725 *Code civil*, dat zijn equivalent vindt in art. 1592 OBW. Het laatste artikel bepaalt:

Art. 1592 OBW. De verhuurder is niet verplicht den huurder te waarborgen tegen de belemmeringen, welke hem derden, door feitelijkeheden, in zijn genot toebrengen,

treffen om *possessio* te beschermen verwijs ik naar mijn bespreking van het Romeinse recht.

⁴⁴⁶ Heusler 1872, p. 460 typeert het Romeinse recht ook als dogmatischer: ‘Vor Allem geniessen die Römer des Vortheils einer nicht nach Ständen zersplitterten Rechtsbildung; ihre Rechtsinstitute sind absolut, für jeden gleich; es giebt nur Einen Begriff des Eigenthums u. s. f. und so auch nur Einen Besitz.’ Vgl. Glasson 1890, p. 593: ‘La vérité est que la distinction si nette des actions en réelles ou personnelles, consacrée par le droit romain, est absolument étrangère aux anciens usages des Barbares; ceux-ci ne distinguent pas bien nettement les droits réels des droits personnels, ni par conséquent non plus les actions qui les garantissent.’

⁴⁴⁷ Sinds de wetwijziging nr. 75-596 van 9 juli 1975 waarin de artt. 2282 & 2283 aan de Code Civil werden toegevoegd, beschermt dit wetboek óók de bloot-houder, *detentor*. Het tweede lid van art. 2282 van de Code bepaalt: *La protection possessoire est pareillement accordée au détenteur contre tout autre que celui de qui il tient ses droits*. Bezien vanuit het Romeinse recht en uitgaande van de uit de huurovereenkomst onstane verbintenis van de verhuurder om de huurder huurgenot te garanderen lijkt deze wetwijziging een geval van ‘overkill’: hiervoor had de wetgever slechts art. 1592 Cc hoeven te schrappen. Anders: Vuye 1995, p. 135-136, die de huurder als ‘bezitter’ aanmerkt (‘...maar tegen een gewone bezitsstoomis kan hij zich niet verzetten met de complainte’). Müller 2010, p. 116 typeert de wetwijziging als onvolmaakt: ‘In den Code civil wurden erst im Jahre 1975 Bestimmungen über die Besitzschutzklagen aufgenommen. Jedoch sind die gesetzlichen Regelungen zum Besitzschutz nach wie vor teilweise lückenhaft, sodass man auch heute noch ergänzend auf die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zurückgreifen muss.’

zonder overigens eenig regt op het gehuurde te beweren; behoudens het regt van den huurder om dezelve uit eigen hoofde te vervolgen.⁴⁴⁸

Dit voorschrift ontkent de verbintenis van de verhuurder om zijn contractspartij het ‘vrije genot van het verhuurde’ te waarborgen in gevallen van storingen door derden. Van Oven legt de oorsprong kennelijk – en ten onrechte – in het Romeinse recht.⁴⁴⁹ Dat is niet het geval, zoals blijkt uit zijn eigen *Leerboek*.⁴⁵⁰

Ik kom tot de slotsom dat de invulling van bezitsbescherming uiteindelijk neerkomt op een keuze tussen twee bezitssystemen: het ene systeem verleent aan iedere houder een actie tegen inbreuken op zijn genot van de zaak, het andere alleen aan gekwalificeerde houders: zakelijk gerechtigden en bezitters. Wie dit onderscheid scherp voor ogen houdt, beseft ook de futiliteit van de vraag naar bezitsbescherming van de zogeheten bloot-houder, *nudus detentor*. In het ene systeem wordt de bloot-houder immers voor wat betreft de bescherming principieel gelijkgesteld met iedere persoon die nut trekt uit een zaak of daarover de feitelijke macht uitoefent, terwijl het andere systeem hem juist opzettelijk uitsluit van zakelijke bescherming.

Een voorbeeld van een dergelijke, doelbewuste uitsluiting is te vinden in een uitspraak van onze Regering uit 1823. Het draait om een voorschrift dat later in het OBW is opgenomen (art. 612). Het bepaalt dat houders geen beroep kunnen doen op de bezitsvordering die wel bekend staat als *maintenue*.⁴⁵¹ De

⁴⁴⁸ Art. 1725 Code civil bepaalde: Le bailleur n’est pas tenu de garantir le preneur du trouble que des tiers apportent par voies de fait à sa jouissance, sans prétendre d’ailleurs aucun droit sur la chose louée; sauf au preneur à les poursuivre en son nom personnel.

⁴⁴⁹ Zie het voorbeeld genoemd in mijn noot 445.

⁴⁵⁰ Van Oven 1948, p. 272 e.v. : ‘De verhuurder was verplicht den huurder het rustig genot te verschaffen (zie 1586, 3^e B.W.) *fruit licere praestare* (zie o.a. D. 19,2,15,1 en D. 19,2,24,4).’ Zie over de aansprakelijkheid van de verhuurder voor een inbreuk op het huurgenoet van de huurder door een derde met name p. 273 en D. 19,2,25,2: ‘Als aan de vensters van een kamer door bouwactiviteiten van een buurman het licht ontnomen wordt, is de verhuurder aansprakelijk jegens de huurder; (...)’ *Si vicino aedificante obscurantur lumina cenaculi, teneri locatorem inquilino; (...)*.

⁴⁵¹ Art. 28 Ontwerp: Les fermiers et ceux qui ne détiennent que pour autrui ne peuvent intenter l’action en maintenue. De Nederlandse vertaling luidt: Pachters en anderen, die houders van eene zaak van een ander zijn, kunnen geene regtsvordering tot handhaving in het bezit aanvangen. Art. 655 BW1830 is gelijk aan art. 612 OBW en luidt: Huurders, pachters en anderen die houders van een zaak voor een ander zijn, kunnen geene regtsvordering tot handhaving in het bezit aanvangen. Met de opname van dit voorschrift werd volledig recht gedaan aan het wijzigingsvoorstel van de Belgische commissie ten aanzien van het Ontwerp Kemper 1816 (zie hieronder het bij noot 996 opgemerkte). Zodoende kon Nicolaï in zijn Toelichting op de Bezitstitel in de Zitting van 9 december 1823 voldaan opmerken: ‘ Le possesseur seul est recevable à intenter l’action en maintenue; ainsi, si un fermier était troublé dans la jouissance de la ferme, si un dépositaire, un séquestre étaient inquiétés dans la conservation des objets qui leur ont été confiés, ils ne pourraient intenter l’action en maintenue, parce qu’ils ne se sont pas de véritables

Tweede Kamer had gevraagd “of in afwezendheid van de eigenaar, huurders of pachters niet behooren bevoegd te zijn om eene possessoire actie aan te vangen.”⁴⁵² De Regering wenste echter geen bescherming te verlenen aan de houder en motiveerde haar weigering als volgt: ‘*dat zulks het geheele systema van het bezitregt zoude omverwerpen* [cursivering, HHR].’ Weliswaar zouden huurders door hun verhuurders gevrijwaard dienen te worden van stoornis, ‘doch nimmer kunnen personen, geene eigenaars zijnde, eenige rechtsvordering aanvangen die alleen aan eigenaars⁴⁵³ toekomt.’⁴⁵⁴

De volgende subparagraaf behandelt de universitaire harmonisering van de bezitsbegrippen en -beschermingsprocedures.

1.4 Universitaire harmonisering van de bezitsbegrippen en –beschermingsprocedures

De rechtenfaculteiten van de universiteiten hebben een belangrijke bijdrage geleverd aan de harmonisering van uiteenlopende bezitsbegrippen en -beschermingsprocedures. Middeleeuwse universiteiten, zoals de aan het eind van de 11^e eeuw opgerichte universiteit van Bologna, onderwezen al spoedig zowel het canonieke recht, dat beschouwd werd als universeel geldend recht, en het Romeinse recht.⁴⁵⁵ De titel doctor in de beide rechten, *doctor utriusque iuris*, drukt

possesseurs; ils sont simples détenteurs, ils doivent dénoncer le trouble qu’ils éprouvent à celui qui possède par leur entremise; *et à celui-ci seul appartient l’action en maintenue*. D’ailleurs, le but de cette action étant, entr’autres, de maintenir le possesseur dans sa possession, ce but ne pourrait être atteint, si le demandeur en maintenue ne possédait pas [cursivering, HHR].’ Noordziek 1823-1824 (I), p. 42; Voorduin 1838 (III), p. 367. Verder verdient opmerking dat in het Romeinse recht de pachter mogelijk wél toegang had tot de bezitsinterdicten (zie hieronder noot 483). Tenslotte merk ik op dat het OBW de bruiklener ter bede, de zogeheten precarist, wel degelijk aanmerkte als een houder voor zichzelf, vermoedelijk in navolging van het Romeins recht. Hem wordt namelijk alleen de *maintenue* ontzegd tegen degene van wie hij de heerschappij heeft verkregen, zie art. 29 Ontwerp (definitief); art. 656 BW1830 en art. 613 OBW.

⁴⁵² Voorduin 1838 (III), p. 372.

⁴⁵³ Deze verwijzing naar eigenaarsbevoegdheden slaat terug op de toenmalige bezitsomschrijving: het eerste voorschrift van de bezittitel van het ontwerp stelde hiervoor onder andere de eis dat men de zaak bezat ‘comme propriétaire’, d.w.z. als eigenaar.

⁴⁵⁴ Voorduin 1838 (III), p. 372.

⁴⁵⁵ De eerste onderwijzers in het Romeinse recht worden aangeduid als glossatoren, zij ontleen hun naam aan het woord ‘glossa’: de verklaring van een moeilijk woord. Zie Lokin & Zwalve 2006, p. 114. Zij wijzen er verder op (p. 117) dat niet ieder deel van het Corpus Iuris Civilis van keizer Justinianus onderwezen en verklaard werd en dat men later algemeen aannam dat de niet-geglosseerde onderdelen van het Corpus Iuris kracht van wet misten, een opvatting die pas wortel kon schieten nadat Accursius zijn standaardeditie van de glosse had vervaardigd. Dit werd uitgedrukt, in veel later tijd,

deze combinatie van de studie van het canonieke en het Romeinse recht uit.⁴⁵⁶ Men wordt door deze titel echter gemakkelijk op het verkeerde been gezet: al rond het midden van de 12^e eeuw bestudeerden de studenten in Bologna nog een derde recht, het leenrecht. Zij deden dit aan de hand van de *Libri Feudorum*, een verzameling van feodaal gewoonterecht, en wel aan de hand van een versie die thans bekend staat als de *Recensio Obertina*.⁴⁵⁷ De *Libri Feudorum* bereikten na enige tussenstadia uiteindelijk omstreeks 1250 de *Recensio Accursiana*.⁴⁵⁸ Deze versie zou men vanaf ca. 1270 opnemen in de handschriften van de Justiniaanse wetgeving, het *Corpus Iuris Civilis*.⁴⁵⁹ Zo werd het leenrecht, een recht van geheel eigen aard, ingelijfd bij het Romeinse recht.⁴⁶⁰ Nu was het vooral het leenrecht, waarin zich de *gewere* geworteld had.⁴⁶¹ Sommige schrijvers beschouwen

met de vuistregel: ‘*quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia*’, ‘wat de (Accursische) glose niet kent, kent de rechter ook niet’. Het overslaan van bepaalde onderdelen geschiedde vaak uit praktische overwegingen, zo werden sommige typisch Romeinse staatsrechtelijke verschijnselen overgeslagen evenals bepalingen die in het Grieks waren opgesteld, omdat men die taal niet langer machtig was (*‘Graeca sunt, non leguntur’*).

⁴⁵⁶ Wieacker 1967, p. 79 wijst in dit verband op het adagium *jus canonicum et civile sunt adeo connexa, ut unum sine altero non intellegi potest*, d.w.z. het canonieke recht en het civiele recht zijn zo verweven dat men het ene zonder het andere niet begrijpen kan. Zie ook Lokin & Zwalve 2006, p. 136-137: ‘Na verloop van tijd werd het zelfs regel dat een student in beide vakken, het canonieke en het Romeinse recht afstudeerde, in welk geval hij de titel *doctor utriusque iuris* (‘doctor in de beide rechten’) verwierf. De traditie is zo bestendig geweest dat men nog in de moderne tijd, waarin het canonieke recht, althans in onze gebieden, geheel en al uit het juridische leerprogramma is verdwenen en het onderwijs in het Romeinse recht meestal nog slechts een schaduw is van wat het eens is geweest, desalniettemin nog steeds spreekt van ‘rechten’ studeren.’ Overigens wordt de titel *doctor utriusque iuris* ook in onze tijd nog toegekend door de Pauselijke Lateraanse Universiteit.

⁴⁵⁷ Schrage 1987, p. 23-26. De versie wordt ook wel aangeduid als *Compilatio antiqua*.

⁴⁵⁸ Schrage 1987, p. 23-26; De versie wordt ook wel aangeduid als *recensio vulgata*.

⁴⁵⁹ Lokin & Zwalve 2006, p. 107; Stein 2003, p. 61; Schrage 1987, p. 24; Schröder/von Künßberg 1932, p. 865-866. Men plaatste deze versie als 10^e *Collatio* in het *Volumen parvum* – het vijfde deel van het *Corpus Iuris* – samen met de *Instituten*, de *Tres Libri* en het uit 9 *Collationes* bestaande *Authenticum*. De bestudering van het leenrecht bracht met zich mee dat ook dit recht geglosseerd werd. De *Glossa Ordinaria* van Accursius bevat 680 glossen op de *Libri Feudorum*, dit is ongeveer 4,1% van het aantal glossen op het *Volumen* en 0,7% van het totale glossenapparaat. Zie Schrage 1987, p. 41.

⁴⁶⁰ Stein vermoedt dat de beweegredenen van de privatisten financieel van aard waren en dat zij met deze inlijving probeerden te vermijden dat de lucratieve inkomsten uit leenrechtelijke geschillen in de handen van hun rivalen, de canonisten, zouden vallen. Stein 2003, p. 62.

⁴⁶¹ Leicht 1933, *Il diritto privato preirneriano*, p. 116 e.v., m.n. p. 118-119: ‘Fra i langobardi e gli altri germani residenti in Italia, l’idea del possesso si matura lentamente e noi li troviamo, alla fine del secolo XI, nell’ultima fase di tale svolgimento. L’instituto possessorio che essi non conobbero in origine, come qualcosa che nettamente si distinguesse dalla proprietà, si forma più tardi attraverso l’investitura. Questa, nel suo significato originario, è l’atto mercé il quale l’acquirente, ove trattasi d’alienazione, od il

het dan ook als de oorsprong van het *gewere*-begrip.⁴⁶² Ik acht dit minder aannemelijk, vooral omdat het privaatrecht zich historisch gezien conservatief ontwikkelt en voor zijn legitimatie vaak gebruik maakt van eerdere voorbeelden. Het lijkt me onwaarschijnlijk dat feodale heersers van Germaanse afkomst gebruik maakten van de wetten van Rome. Die heersers dankten hun vooraanstaande positie binnen hun stam immers juist deels aan het inheemse gewoonterecht en hun vanzelfsprekende bekendheid daarmee. Ligt het dan ook niet veel meer voor de hand dat zij teruggrepen op Germaansrechtelijke beginselen? En een leenheer kon met zijn *Einweisung* teruggrijpen op een vertrouwde casuspositie: de verlening van de *gewere* door het ‘Ding’.⁴⁶³ Het komt mij voor dat men pas problemen ondervond toen men begon deze procedure te beschrijven met Romeinsrechtelijke begrippen.⁴⁶⁴ In ieder geval staat vast dat studenten in Bologna op het gebied van bezit en de bescherming daarvan geconfronteerd werden met drie invloeden: de romeinsrechtelijke, de canoniekrechtelijke en die van wat ik gemakshalve zal omschrijven als die van het inheemse gewoonterecht van Germaanse afkomst.⁴⁶⁵ De wetenschap werd hierdoor genoodzaakt om deze verschillende invloeden met elkaar in overeenstemming te brengen, wilde zij er een samenhangend stelsel uit scheppen.⁴⁶⁶ Deze paragraaf bespreekt welke grote inspanningen zij heeft verricht om dat doel te bereiken.

concessinario, ove siamo dinanzi ad una concessione a lungo termine, viene immesso nel godimento di una cosa. Il termine vestitura si continua ad usare per molti secoli, in tale significatio, *specialmente nel diritto feudale ed insieme a questo si diffonde anche nelle provincie romaniche* [cursivering, *HHR*]; sovente il vocabolo viene adoperato per indicare il diritto corrispondente al godimento.’ Vgl. Landsberg 1883, p. 40 e.v. Ook in de *Sachsenspiegel* komt *gewere* het meest in het leenrecht voor, zie Ishikawa 1986, p. 60: ‘Trotzdem kommt das Wort im Lehnrecht wesentlich häufiger vor als im Landrecht.’

⁴⁶² Bijv. Alauzet 1849.

⁴⁶³ Zie hierboven, p. 95 en met name noot 342.

⁴⁶⁴ Toen men later probeerde de begrippen uit de verschillende rechtsstelsels te beschrijven en met elkaar te verenigen leidde dit tot grote spanningen. Dit uitte zich m.n. in het ongelukkige begrippenpaar *dominium directum* en *dominium utile* dat gebruikt werd ter aanduiding van het recht van de leenheer enerzijds en dat van de leenman anderzijds. Lokin & Zwolve 2006, p. 107, noot 37 merken hierover op dat het Justiniaanse eigendomsbegrip één en ondeelbaar is en zich derhalve niet leent voor een functionele splitting zoals in het genoemde begrippenpaar.

⁴⁶⁵ Het inheemse recht kende naast het leenrecht ook privaatrechtelijk gewoonterecht, zie p. 94. Ook dit recht kende het *gewere*-begrip, maar werd aan de universiteiten niet onderwezen, zoals blijkt uit de uitspraak van Wielant die ik heb opgenomen in de inleiding van dit hoofdstuk. Zie ook noot 461 (*in fine*).

⁴⁶⁶ Zie voor een algemeen beeld over de werkwijze van de beoefenaars van de rechtswetenschap in Bologna – die oorspronkelijk met name op het gebied van blind autoriteitsgeloof en formalisme zeer afwijkt van onze huidige denkwijze – bijv. Wieacker 1967, met name p. 45 e.v.

Het gezag van het canonieke recht was in de middeleeuwen nog onaangetast en dat gold ook voor de uit dit recht afgeleide *actio spoli*, die de houder van uiteenlopende goederen en rechten een uitgebreide bescherming verleende tegen de stoorder en eenieder die kennis droeg van de storing.⁴⁶⁷ Ik heb hierboven uiteengezet dat deze actie haar zelfstandig bestaan mede te danken heeft aan het feit dat ze zich slecht liet inpassen in het systeem van de Romeinsrechtelijke bezitsinterdicten.⁴⁶⁸ Coing merkt de veelzijdige *actio spoli* aan als een bijna universeel rechtsmiddel.⁴⁶⁹

Terwijl het recht van canoniekrechtelijke oorsprong op grond van zijn gezag min of meer onaantastbaar was, bestond er spanning tussen het bezitsbegrip van het Romeinse recht en dat van het leenrecht van Germaanse oorsprong. Ze behoorden overduidelijk niet tot dezelfde bloedgroep, ondanks het feit dat men ze beide aantrof in het middeleeuwse *Corpus Iuris Civilis*.⁴⁷⁰ Het antwoord op de vraag welk begrip de boventoon zou gaan voeren ligt voor de hand, men hoeft daarvoor slechts de Accursische glosse te raadplegen: van de 96.940 glossen zijn er 680 gewijd aan het leenrecht, de overige 96.260 glossen zijn gewijd aan het ‘echte’ Romeinse recht.⁴⁷¹ Deze cijfers tonen de focus van de universitaire rechtswetenschap.⁴⁷²

⁴⁶⁷ Zie hierover p. 84 e.v.

⁴⁶⁸ Zie hierboven, p. 84.

⁴⁶⁹ Zie het citaat hierboven op p. 79. Heusler 1872, p. 329 legt een verband tussen de snelle adoptie van dit rechtsmiddel en een daarvoor geschikte voedingsbodem van Germaansrechtelijke oorsprong: ‘Es ist kaum denkbar, dass sich die Theorie des 14. Jahrhunderts so übereinstimmend und so rasch auf Grund von ein paar Worten des Innocenz diesem heillosen Satz befreundet hätte, und noch weniger dass die Praxis ihn so widerstandslos hingenommen hätte, wenn nicht der Boden dafür schon anderweitig wäre vorbereitet gewesen.’ Zie ook noot 422.

⁴⁷⁰ Levy 1951, p. 98, wijst er op dat hierboven geschetste tegenstelling historisch genuanceerder ligt: tijdens en na de val van het Westromeinse rijk vertoonden het vulgaire Romeinse recht en het ‘Germaanse’ recht overeenkomsten. ‘There is hardly a discussion of *Gewere* that would not place emphasis on the basic differences from the Roman structure of the law of property. But the system these authors have in mind is the Roman law built up by the republican and classical jurists and revived by Justinian. It is not the Roman law found in force by the Germanic tribes when they invaded the Empire. As viewed from the vulgar law, the assumed contrast fails to show.’ In dezelfde zin Kunkel 1954, p. 4: ‘Versucht man, das rezipierte römische Recht allein mit Hilfe der antiken Quellen oder gar an Hand der Darstellung des 19. und 20. Jahrhunderts zu ermitteln, so wird man manches, was in Wahrheit gemeinrechtlicher Import war, überhaupt nicht als solchen erkennen, gelegentlich sogar zu Unrecht als bodenständiges Rechtsgut oder wenigstens als einen Reflex deutscher Rechtsvorstellungen zu deuten geneigt sein, und darüber hinaus wird man vor allem Dingen nicht zu den Grundgesetzen vordringen, nach denen sich die Auseinandersetzung zwischen deutschem und römischem Recht vollzogen hat.’ Zie ook: Middelberg 1953, p. 61 e.v.

⁴⁷¹ Ik ontleen de cijfers over het glossenapparaat aan Schrage 1987, p. 41.

⁴⁷² In dezelfde zin: Landsberg 1883, p. 41.

1.4.1 De werkwijze van de glossatoren

Patault beschrijft in haar *Introduction historique au droit des biens* uitgebreid de confrontatie die in de Middeleeuwen plaatsvond tussen de begrippen *saisine* (*gewere*) en *possessio*.⁴⁷³ Het verdient opmerking dat zij het begrip *gewere* definieert vanuit zijn betrekking op het trekken van nut uit onroerende goederen.⁴⁷⁴ Ze laat echter de *gewere* van roerende zaken buiten beschouwing, terwijl roerende zaken in het Franse middeleeuwse recht ook voorwerp van *saisine* konden zijn.⁴⁷⁵ In het volgende fragment beschrijft Patault hoe de middeleeuwse glossatoren de *saisine* omvormden tot de Romeinse *possessio*.⁴⁷⁶

Justinianus bood [in zijn wetgeving, *HHR*] de glossatoren een tafereel waarin het bezit onderscheiden werd van de eigendom, waar het feitelijke losstond van het juridische. De juristen van de XII^e en de XIII^e eeuw die in hun geleerde teksten de juridische verklaring zoeken voor onbepaalde situaties die ze om zich heen waarnemen, worden er onweersaanbaar door aangezet te overwegen dat de *saisine* slechts een primitieve gedaante is van het bezit. Is de *saisine* niet, net als het Romeinse bezit, het effectieve genot van een goed met het verlangen zich te gedragen als een eigenaar? Ze gaan, op hun beurt, het feit en het recht van elkaar losmaken, terwijl ze op de *saisine* de inrichting van de Romeinse *possessio* toepassen, daarbij de weg vrijhoudend voor voor de opbouw van de eigendom – *dominium*, die ze tegelijkertijd opzetten. Eén obstakel bemoeilijkt echter de opneming van *saisine* in de *possessio*: de Romeinse *possessio*, naar het voorbeeld van de eigendom, heeft zonder onderscheid betrekking op zowel roerende zaken als op onroerende zaken. De *saisine*, aan de andere kant, is een begrip dat zuiver gericht is op de beheersing van grond, zij ziet slechts op het vruchtdragende goed, op de periodieke vruchten; ze heeft geen betrekking op de roerende zaak. Dat obstakel is, ondanks de inspanningen van de romanisten, nog steeds niet geheel overwonnen: onze moderne bezitsleer is voor een groot deel overgenomen van Rome, maar op

⁴⁷³ Zie voor de oudere (Duitse) literatuur op dit punt met name Delbrück 1857 en de bestrijding van diens denkbeelden door Bruns 1860. Zie t.a.p. ook Heusler 1872 p. 288 e.v. Vgl. Landsberg 1883, p. 38 e.v.

⁴⁷⁴ Vgl. Patault 1989, p. 21: 'Point de départ difficile: la saisine est une notion peu élaborée et imprécise et surtout elle ne laisse entrevoir ses contours que dans les premiers recueils de coutumes rédigés au XIII^e siècle, où elle est, déjà, largement déformée par la doctrine romanisante qui ne veut voir en elle qu'une forme rudimentaire de la possession romaine.'

⁴⁷⁵ Deze ontwikkeling wordt hieronder nader besproken, zie p. 151 e.v.

⁴⁷⁶ Zo reeds Cino da Pistoia (1270-1336), de leermeester van Bartolus van Sassoferrato, aangehaald bij Valentin-Smith 1854, p. 64: '*Prehendere Galli, saisire dicunt, sicut et possessionem saisinam vocant.*'

het gebied van bezitsbescherming en verjaring zijn roerende zaken en onroerende zaken tegenwoordig aan andere regels onderworpen.⁴⁷⁷

In een opstel over de wijze waarop de glossatoren het bezit behandelden verdedigt Bruns het standpunt dat de glossatoren als uitgangspunt het Romeinse recht namen, maar hij geeft toe dat hun germanistische achtergrond sporen achterliet in hun werkzaamheden.

Dat de glossatoren zich bij hun behandeling van het Romeinse recht niet volledig van hun germanistische zienswijzen los konden maken,⁴⁷⁸ dat deze daardoor in hun beschouwingen over de Romeinse begrippen binnendrongen en daardoor de nodige vreemde resultaten aan het licht komen, is per slot van rekening natuurlijk en moet niet geloofwaardig worden. Alleen maakte deze invloed zich toch alleen maar indirect kenbaar, doordat men het Romeinse recht in een voor het Germaanse recht gunstige wijze probeerde uit te leggen en toe te passen, zonder echter zijn grondslag zelf te verlaten.⁴⁷⁹

⁴⁷⁷ Patault 1989, p. 116-117: 'Justinien offre aux glossateurs un tableau où la possession est distinguée de la propriété, où le fait est dissocié du droit. Les juristes de XII^e et XIII^e siècles qui cherchent dans les textes savant l'explication juridique des situations incertaines qu'ils aperçoivent autour d'eux, sont invinciblement conduits à considérer que la saisine n'est qu'une forme rudimentaire de la possession. Comme la possession romaine, la saisine n'est-elle pas jouissance effective d'un bien avec la volonté de se comporter en propriétaire? Ils vont, à leur tour, dissocier le fait et le droit, en appliquant à la saisine les mécanismes romains de la possession, laissant ainsi la place libre pour la construction de la propriété-*dominium*, qu'ils organisent parallèlement. Un obstacle cependant rend difficile l'assimilation saisine et possession: la possession romaine, décalque de la propriété, porte indifféremment sur les meubles et sur les immeubles. La saisine, au contraire, est une notion propre à la maîtrise foncière, elle ne porte que sur le bien frugifère, à fruits périodiques; elle ne concerne pas le meuble. Cet obstacle, malgré les efforts des juristes romanistes, n'a pu être entièrement surmonté: notre théorie moderne de la possession est largement empruntée à Rome, mais en matière de protection possessoire et de prescription, meubles et immeubles sont soumis aujourd'hui à des règles différentes.'

⁴⁷⁸ Zie in dit verband ook noot 470.

⁴⁷⁹ Bruns 1860, p. 34: 'Daß die Glossatoren bei ihrer Behandlung des römischen Rechts sich nicht vollständig von ihren germanistischen Anschauungen freimachen konnten, daß sich diese daher in ihre Speculationen über die römischen Begriffe mit einmischten und dadurch manche fremdartige Resultate zu Tage kommen, ist freilich natürlich und soll nicht geläugnet werden. Allein dieser Einfluß machte sich doch immer nur mittelbar in der Weise geltend, daß man das römische Recht in einer dem germanischen Rechte günstigen Richtung aufzufassen und selbst zu wenden suchte, ohne aber seinen Boden selber zu verlassen.' Zie ook p. 38: 'Ich will zwar nicht läugnen, daß die germanischen Ideen einen gewissen Einfluß dabei gehabt haben, allein der innere Zusammenhang der römischen Besitzlehre war doch zu mächtig, und andererseits das germanische Recht selbst practisch zu wenig ausgebildet, als daß es hier so unmittelbar das römische hätte durchbrechen und sich erhalten können.'

Zo boden bijvoorbeeld de Romeinse aanduidingen voor bloot bezit, *naturalis possessio* en burgerlijke bezit, *civilis possessio* een handige brug voor de dubbele inhoud van de *gewere*, die omvatte immers zowel het bezit-feit als het bezit-recht.⁴⁸⁰ Maar de gedachte die bij de glossatoren heeft postgevat dat het bloot-bezit eigenlijk bij elke afwezigheid verloren gaat, is volgens Bruns niet in overeenstemming met het Romeinse recht.⁴⁸¹

Evenmin in overeenstemming met het Romeinse recht acht Bruns de ruimhartige toekenning van bezitsacties aan de groep die wij aanduiden als detentoren of houders.⁴⁸² Overigens is ook de toekenning van bezitsacties aan houders – in beperkte mate – niet geheel vreemd aan het Romeinse recht. Hoewel Bruns op dit punt niet nader ingaat, kende dit recht bezitsinterdicten toe aan een aantal personen die niet de wil hadden de zaak voor zichzelf te houden, namelijk aan de vuistpandhouder en, met meer of minder waarschijnlijkheid, verder nog aan de opstalhouder, erfpachter, precarist en sequester.⁴⁸³ Ook kende het Romeinse recht bescherming van houders van rechten doordat het bezitsinterdicten toekende bij het zogeheten servitutenbezit, *quasi-possessio*.⁴⁸⁴

Ik acht het begrijpelijk dat deze subtiliteiten de inheemse glossatoren op het verkeerde been zetten. Dit geldt temeer wanneer men weet dat het recht op het gebied van de *gewere* oorspronkelijk wortelde in het strafrecht: acties uit diefstal bij roerende zaken en handhaving van de vrede met betrekking tot onroerende zaken.⁴⁸⁵ Deze eigenaardige oorsprong zal het maken van de vertaalslag naar de

⁴⁸⁰ Bruns 1860, p. 36. Zie ook mijn noot 341 *in fine*.

⁴⁸¹ Bruns 1860, p. 39: 'Die scholastisch-pedantische Ansicht der Glossatoren, daß der natürliche Besitz eigentlich bei jeder Entfernung von der Sache verloren gehe, beruht zwar nur auf dem etymologischen, nicht auf dem practisch-rechtlichen Begriffe des Besitzes.' Bruns verwijst naar de tekst van D. 41,2,13.

⁴⁸² Bruns 1860, p. 64: 'Daß dagegen aber umgekehrt die Besitzklagen in Italien vielfach ja selbst vorherrschend auch auf die bloße Detention ausgedehnt sind, habe ich bereits selber früher nachgewiesen. Es mag darin eine Nachwirkung des germanischen Rechtes liegen.' Bruns verwijst in een noot naar zijn in 1848 uitgegeven *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, p. 231 en 271.

⁴⁸³ Zie hierover bijv. Kaser/Wubbe 1971, p. 99 e.v. of Van Oven 1948, p. 119.

⁴⁸⁴ Zie hierover de opmerkingen bij mijn noten 287 en 443.

⁴⁸⁵ Zie voor roerende zaken bijv. Planitz/Eckhardt 1961, p. 109: 'Der Prozeß blieb Deliktsprozeß. Nicht das Eigentum, sondern das Verbrechen des Diebstahls war Klagegegenstand.' Zie voor onroerende zaken bijv. Planitz 1931, p. 75: 'Der Schutz des Liegenschaftsrechts ist in ältere Zeit identisch mit dem Schutze der Gewere. Dieser ist im germanischen Recht ein deliktischer. Bruch der Gewere gewährt dem Verletzten Selbsthilfe oder Strafklage. Doch ist der Gewereschutz schon in fränkischer Zeit gegenüber der Strafklage selbständig ausgestaltet worden. Auf diesem Standpunkte hat auch das Mittelalter beharrt. Eine selbständige Eigentumsklage hat das Mittelalter der Klage aus der Gewere nicht entgegengestellt.' Vergelijk de aantekening Van Apeldoorn op Grotius II, 2, § 6 in Grotius (II), p. 101 e.v. Middelberg beschouwt (zie zijn noot 25:

persoonlijke en zakelijke acties van het Romeinse privaatrecht niet hebben vergemakkelijkt.⁴⁸⁶ Wellicht verklaart een mislukte ‘vertaling’ ook de volgende verwrongen visie van de Romeinse huurovereenkomst (*locatio-conductio*): na de receptie ging men huur beschouwen als een persoonlijk recht, maar eerst alleen voor wat betreft de korte huren; de langere beschouwde men als zakelijke rechten.⁴⁸⁷

Bruns acht het inhoudelijke bezitsbegrip van de glossatoren slechts in beperkte mate beïnvloed door recht van Germaansrechtelijke afkomst en hij tekent daarbij aan dat het Romeinse recht op deze gebieden de nodige speelruimte bood. Die speelruimte werd door de glossatoren uitgebuit bij hun behandeling van het interdict *uti possidetis*. Dit rechtsmiddel behoort tot de groep interdicten die zijn gericht op behoud van bezit, *interdicta retinendae possessionis*, en hierin ligt ook het verschil met het interdict *unde vi*. Dat interdict behoort tot de groep interdicten die gericht zijn op herkrijging van verloren gegaan bezit, *interdicta recuperandae possessionis*.⁴⁸⁸ De glossatoren vertoonden een sterke voorkeur voor het gebruik van het interdict *uti possidetis*.⁴⁸⁹ Zij verruimden het werkingsgebied van het interdict door aan te nemen dat een aangevangen bezit voortduurde, ook in gevallen waarin dit minder voor de hand lag.⁴⁹⁰ Bruns meent dat het principe van de Duitse *gewere*, die alleen door vrijwillige opgave

twijfelend?) de bescherming van de ‘gewere’ als bescherming van een vermoeden van een zakelijk recht, Middelberg 1953, p. 67 e.v. (met lit.)

⁴⁸⁶ Vergelijk het bij noot 421 opgemerkte.

⁴⁸⁷ Middelberg 1953, p. 61. Zie voor het Franse recht ook Gordley & Mattei 1996, p. 313 (met literatuuropgave in hun noot 129): ‘Before the French Revolution, in many arrangements in which a person paid rent permanently or indefinitely, the person paying rent was considered an owner rather than a lessee.’ Ligt in een dergelijke mislukte vertaalslag ook de oorzaak van het verwijt aan glossator Martinus Gosia (vgl. mijn noot 412) dat hij zakelijke acties toekende waar het persoonlijke moesten zijn?

⁴⁸⁸ In het Romeinse recht diende men bij een bezitsstoornis gebruik te maken van het interdict *Uti possidetis* en bij bezitsverlies van het interdict *Unde vi*.

⁴⁸⁹ Bruns 1860, p. 51: ‘In allen diesen und ähnlichen zweifelhaften Fällen war nun der Standpunkt der Italiener, so viel und so lange als möglich die Fortdauer des Besitzes anzunehmen, sofern man nur den animus possidendi behalten habe. Sie bezeichneten die Entziehung der unmittelbaren physischen Detention dann wohl als Spoliation oder Dejection vom Naturalbesitz, sagen insofern, das die Spoliation des Naturalbesitzes eine Störung des Civilbesitzes enthalte, und kommen so scheinbar zu dem Resultate, daß der Civilbesitz und damit auch das U.P. trotz Spoliation und Dejection fortdaure, sofern nur der animus poss. Fortdaure.’ Hij geeft echter toe (p. 53) dat individuele glossatoren de grenslijn tussen beide interdicten volledig overschreden en het interdict *Uti possidetis* ook toelieten bij werkelijke en gehele bezitsontneming toe.

⁴⁹⁰ Bruns 1860, p. 46 e.v.

verloren kan gaan,⁴⁹¹ mogelijk heeft bijgedragen aan deze voorkeur voor het aannemen van bestendig bezit.⁴⁹² Ik acht zijn veronderstelling zeer aannemelijk.

Bruns typeert de wijzigingen die de glossatoren aanbrachten in het materiële bezitsbegrip als ondergeschikt: het Romeinse recht bleef volgens hem dominant. Daarentegen acht hij door de glossatoren aangebrachte wijzigingen in het procesrecht van groot belang.⁴⁹³ Het betreft de invoering van bewijsvermoedens in het bezitrecht. Aan dergelijke vermoedens bestond in het Romeinse recht weinig behoefte, omdat het Romeinse bewijsstelsel subjectief van aard was.⁴⁹⁴ De glossatoren en hun opvolgers ontwikkelden met behulp van bewijsvermoedens hieruit het moderne, objectieve bewijsstelsel.⁴⁹⁵ Deze ontwikkeling begon vroeg: al de twaalfde-eeuwse hoogleraar en glossator Placentinus († 1192) verdedigde de drie bewijsvermoedens die Bruns het belangrijkste acht.⁴⁹⁶ Dit zijn:

1. Het vermoeden dat de bezitter eigenaar is.⁴⁹⁷
2. Het vermoeden van de voortduur van bezit.⁴⁹⁸

⁴⁹¹ Zie hierboven p. 115 e.v.

⁴⁹² Bruns 1860, p. 46.

⁴⁹³ Bruns 1860, p. 53-54, zie ook p. 56: 'Sie bilden hier eine wesentliche Ergänzung zu den materiellen Veränderungen und Erweiterungen des Besitzrechts.'

⁴⁹⁴ Bruns 1860, p. 55: 'Bei einem Beweissysteme wie dem römischen, wo dem Richter fast ganz frei hand gelassen ist und er über den Beweis schließlich nach Wahrscheinlichkeit und moralischer Ueberzeugung zu entscheiden hat, können feste gesetzliche Präsumtionen kein großes Bedürfnis sein. Der Richter macht sie sich im einzelnen Falle ganz von selbst, und würde durch feste Regeln eher nur sich beschränkt fühlen.'

⁴⁹⁵ Bruns 1860, p. 55-56: 'Anders ist dies aber wenn seine (de rechter) Ueberzeugung durch eine feste objective Beweistheorie eingeschnürt ist, wenn er nur das als wahr annehmen darf, was speciell durch die festen vorgeschriebenen Beweismittel bewiesen ist. Soll dieses streng durchgeführt werden, so muß er die Parteien mit einer Masse von Beweisen belasten, die das Verfahren of unnötig weitläufig und kostspielig machen, und durch ihre Schwierigkeit oder gar Unmöglichkeit der Rechte, selbst wo der Richter von ihrem Dasein innerlich überzeugt ist, geradezu ganz aufheben können. Durch künstlichen Indicienbeweis und Eide kann hier zwar mitunter geholfen werden, aber keineswegs immer und genügend. Hier können vielmehr Präsumtionen oft geradezu eine Nothwendigkeit und ein Wohlthat sein.'

⁴⁹⁶ Bruns 1860, p. 56.

⁴⁹⁷ Bruns 1860, p. 56: "1. Die am weitesten greifende Präsumption ist die vom Besitze auf das Eigenthum. Von dieser heißt es in der Gl. "in vacuum" zu l. 12 C. de probationibus [C. 4,19,12]: "Dicit Placentinus) hic, quod eo ipso, quod quis possidet vel possiderit, dominus praesumitur et vindicat, si a possessione cadit; quod non placet."

⁴⁹⁸ Bruns 1860, p. 57: "2. Eine zweite Präsumtion, die gleichfalls dem Placentinus zugeschrieben wird, ist die vom ältern Besitze auf den gegenwärtigen oder für die Fortdauer des Besitzes. Es heißt darüber in der Gl. "constituti" zu l. 15 C. de probationibus [C. 4,19,15(16), HHR] (Aehnlich in der Gl. "fuisse" zu l. 4 C. ad exhibendum [C. 3,42,4, HHR] und der Gl. "dominos" zu l. 6 C. unde vi [C.8,4,6, HHR]): "Qui fuit dominus adhuc dominus praesumitur. Quid in possessione? Idem secundum Placent.)"

3. Het vermoeden dat het oudere bezit geeft op de gebrekkige totstandkoming van een anders huidige bezit of bezitshandelingen.⁴⁹⁹

Verder wijst Bruns op twee andere door de glossatoren uitgewerkte bewijssvermoedens:

4. Het vermoeden dat de detentor bezitter is.⁵⁰⁰
5. Het vermoeden dat aan bezit een titel ten grondslag ligt.⁵⁰¹

Een deel van deze vermoedens heeft zijn weg naar ons huidig recht gevonden. Het eerste – de bezitter wordt vermoed eigenaar te zijn – bevat de processuele functie van bezit. We vinden haar terug in ons BW in het voorschrift dat de bezitter van een goed vermoed wordt rechthebbende te zijn (3:119 BW). Ook het tweede bewijssvermoeden – over de voortduur van bezit – is geldend recht. We vinden het uitgedrukt in het voorschrift dat bepaalt dat zolang niet een van de uitdrukkelijk genoemde gronden van bezitsverlies zich heeft voorgedaan, een aangevangen bezit voortduurt (3:117-2 BW). Het derde bewijssvermoeden – uit het eerdere bezit van de één rijst het vermoeden van gebrekkigheid van het huidige bezit of de huidige bezitshandelingen van een ander – staat in nauw verband met het tweede. Bruns merkt dan ook op dat het slechts één verder

et H(ugolinum). Sed Jo(annes Bassianus) non idem, quia facilius amittitur possessio quam dominium.”

⁴⁹⁹ Bruns 1860, p. 57-58: ‘3. Die dritte Placentinische Präsumtion, nämlich die vom älteren Besitze auf die Fehlerhaftigkeit des jetzigen Besizes oder der jetzigen Besitzhandlungen eines andern. (...) Die älteste Angabe über sie findet sich bei Roffredus: ‘Reprobatur quorundam advocatorum opinio, in qua fuit etiam P(lacent.), quod si aliquando probo, me possedissem rem, quae ad te pervenit, praesumitur me possidere et a te violentiam mihi illatam nisi probes, qualiter possideas sine vitio, per art. l. 16 C. de probation.’

⁵⁰⁰ Bruns 1860, p. 62: ‘4. Zu den drei bisher besprochenen Placentinischen Präsumtionen kommen nun noch zwei weitere, die gleichfalls schon von den Glossatoren aufgestellt oder wenigstens vorbereitet und später zu allgemeiner Geltung gelangt sind, nämlich die von Detention auf Besitze, und die vom Besitze auf den Titel des Besizes. Die erstere findet sich in der Glosse zu l. 2. C. de poss. [C. 7,32,2, HHR]. Hier wird bei dem Satze: cum proponas te in possessione fuisse omniaque ut dominum gessisse. zu den Worten zu “ut dominum” die Glosse gemacht: “quod praesumitur, nisi contrarium probetur, ut arg. l. 51. pro socio.”

⁵⁰¹ Bruns 1860, p. 62: ‘Die andere Präsumtion, die pro titulo possessionis praeambulo, wie man sie nannte, ist aus der Gl. “sufficiebat” zu l. 77 de R.V. [D. 6,1,77, HHR] abgeleitet. Hier sagt die Glosse: “si tu emeris rem, et postea in possessione ejus reperiaris, praesumitur te habere possessionem ex causa emtionis.” Daß hier der Kauf wesentliche Voraussetzung der Präsumtion ist, wurde später unbeachtet gelassen, und die Präsumtion aus dem bloßen Besitze auf den Titel desselben allgemein aufgestellt.’

gevolg trekt uit dat bewijsvermoeden.⁵⁰² We stuitten hierboven al op dit vermoeden, namelijk bij de *actio spoli*.⁵⁰³ Bruns vestigt de aandacht op het verband tussen dit vermoeden en de in de XIVe eeuw tamelijk algemene verbreiding van dit canoniekrechtelijke rechtsmiddel.⁵⁰⁴ Ons wetboek kent geen afzonderlijke bepaling voor dit derde bewijsvermoeden. Het vierde bewijsvermoeden – de detentor wordt vermoed bezitter te zijn – is wèl opgenomen in ons BW. We vinden het door het voorschrift dat bepaalt dat wie een goed houdt, vermoed wordt dit voor zichzelf te houden (3:109 BW) in samenhang te lezen met de omschrijving van bezit: het houden van een goed voor zichzelf (3:107 BW). Het vijfde bewijsvermoeden was het vermoeden dat aan bezit een titel ten grondslag ligt. Bruns laat zich merkwaardig genoeg niet uit over het belang van een titel, maar het ligt voor de hand om dat te zoeken in het leerstuk van verkrijgende verjaring.⁵⁰⁵ In het huidige BW is het vijfde bewijsvermoeden niet terug te vinden, waarschijnlijk omdat het niet langer onderscheid maakt tussen bezitsacties en de zogeheten Publiciaanse actie van de verjaringsbezitter.⁵⁰⁶

1.4.2 *Gelijkstelling van gewere en possessio*

Op het gebied van het materiële recht vond de werkwijze van de glossatoren – het harmoniseren van de bezitsbegrippen – in later tijden navolging. Maar de gemeenrechtelijke juristen gingen minder subtiel te werk: zij vertoonden de

⁵⁰² Bruns 1860, p. 58.

⁵⁰³ Vergelijk het bij noot 310 opgemerkte.

⁵⁰⁴ Bruns 1860, p. 59.

⁵⁰⁵ Wel merkt Bruns op dat later in Duitsland de opvatting is ontstaan dat een titel nodig is om toegang te krijgen tot het proces dat bekendstaat als het ordinarium. Bruns 1860, p. 64: ‘Daß der Besitz als solcher ohne Rücksicht auf seinen Rechtstitel die Grundlage nicht nur für das interd. U.V. und die Spolienklage, sondern auch für das U.P. ordinarium geblieben ist, nimmt auch Delbrück an. Die Ansicht, daß der Titel zur Begründung des ordin. gehöre, ist erst in Deutschland entstanden. In Italien sagt noch Menochi: “quaero, an necesse sit agenti hoc interdicto justificare possessionem ex titulo? et dicendum est, necesse, non esse probare titulum, atque ita scribunt omnes.”’ Onder het ordinarium verstaat hij (zie p. 86-87) de procedure van het interdict Uti possidetis, zoals deze plaatsvond in de 14^e eeuw.

⁵⁰⁶ Vergelijk Van Oven 1958 (*WPNR* # 4358), p. 231, die, wanneer hij de bezitsvordering van het Ontwerp met de Publiciaanse actie vergelijkt, opmerkt: ‘Zo is het ook in het ontwerp, al is er verschil, omdat de Romeinse actie slechts toekwam aan de bezitter te goeder trouw en op grond van een titel (*ex iusta causa*), Meijers’ actie daarentegen elke bezitter beschermt; *maar niettemin is ook zijn actie er een tot bescherming van de verjarende bezitter, want zelfs de bezitter te kwader trouw verkrijgt op den duur de eigendom dank zij art. 3.4.3.8 lid 1.* [cursivering, *HHR*]

neiging om *gewere* zonder meer gelijk te stellen aan *possessio*.⁵⁰⁷ Coing geeft hiervan twee voorbeelden.

In zoverre de juristen van het *Usus modernus*⁵⁰⁸ in nationale en lokale bronnen uitdrukkingen vinden, die betrekking hebben op bezitsverhoudingen, hebben ze de neiging, om ze volgens de Romeinse bezitsleer op te vatten. Zo vereenzelvigt bijvoorbeeld *Pothier* in zijn *Traité* bij de behandeling van de bezitsbeschermingsacties de *saisine* van het Franse recht simpelweg met “*possession*”, en *Carpzov* vertaalt de vakterm “*Gevere*” [in II, 44 *Sachsenspiegel Landrecht* § 1 [geciteerd in mijn noot 354, *HHR*] eveneens zonder meer met “*possessio*”, waarmee in dit verband een *possessio iusta* van het Romeinse recht is bedoeld.⁵⁰⁹

Dit betekent dat de enkele vaststelling dat de term *saisine* of *gewere* niet meer in de literatuur voorkomt nog niet bewijst dat dat bezitsbegrip is uitgestorven.⁵¹⁰ Romanisten zijn bekend met het gevaar van begripsverwarring door interpolaties die twee verschillende begrippen aan elkaar gelijkstellen: zo stichtte keizer Justinianus verwarring op het gebied van de vereisten voor de eigendoms-overdracht door in zijn wetgeving het in de originele teksten gebruikte begrip

⁵⁰⁷ Alauzet 1849, p. 131-132, meent dat het proces al eerder ingezet is – zie zijn bespreking van de *Olim*, t. I, p. 98 XIV; 1259: «Utrum dominus..... erat in possessione seu saisina.» ‘Dans tout le cours de ce document, on voit indifféremment employées les expressions *in possessione* ou *in saisina*.’

⁵⁰⁸ Als *Usus modernus* omschrijft Coing 1985 (I), p. 4 het recht dat tussen ongeveer 1500 en 1800 in de landen die het gemene recht, *ius commune*, hanteren gebruikt werd.

⁵⁰⁹ Coing 1985 (I), p. 281-282: ‘Soweit die Juristen des *Usus modernus* in nationalen und lokalen Quellen Ausdrücke finden, die sich auf Besitzverhältnisse beziehen, haben sie die Tendenz, sie im Sinne der römischen Besitzlehre aufzufassen. So setzt etwa *Pothier* in seinem *Traité* bei Behandlung der Besitzschutzklagen die *saisine* des französischen Rechts einfach mit “*possession*” gleich, und *Carpzov* übersetzt den Terminus “*Gevere*” (in II, 44 *Sachsenspiegel Landrecht* § 1) ebenfalls ohne weiteres mit “*possessio*”, womit im Zusammenhang eine *possessio iusta* römischen Rechts gemeint ist.’ Hiermee volgen ze overigens een door glossatoren al eerder ingeslagen weg (zie p. 136 e.v.).

⁵¹⁰ Bijv. Kleyn 1992, p. 542 voor wat betreft het ‘Nederlandse’ bezitsrecht: ‘Roman law was not, of course, received to the same degree in all spheres of Dutch private law. In the area of property law, however, it managed largely to replace the indigenous Germanic law. After the reception, the notion of “*weer*” disappeared completely; the Roman doctrine of possession was accepted and the sharp distinction between possession and ownership adhered to. This is clearly illustrated by the following observation of Johannes Voet: “Nec dubium, quin in plerisque mores servant ea, quae de possessione adipiscenda, retinenda, amittenda, per jus civile definita sunt, ut collegi potest ex iis, quae scripta ab Hugone Grotio...”’ Hugo de Groot zelf legde nog wel een verband tussen bezit-recht en de *gewere*, zoals blijkt uit een in Lund teruggevonden manuscript voor een herziene uitgave van de *Inleidinge*, editie-1636. Hierin (Grotius I, p. 156) vindt men bij het opschrift van II, 2 *Van bezit-recht* de aantekening: *Gewere Sax.* [verklarende aantekening redacteurs: *Ssp.* I, 9, § 5; *Ssp.* II, 15 e.v.; *Ssp.* II, 44, en *passim*].

mancipatio te vervangen door een ander begrip: *traditio*.⁵¹¹ Een soortgelijke begripsverwarring doet zich dus ook voor bij het begrip ‘bezit’: doelt men hierbij op de Romeinse *possessio* of op de germaansrechtelijke *gewere*? Die ambivalentie doet afbreuk aan de overzichtelijkheid van het bezitsbegrip.

1.4.3 Toetssteen voor het bezitsbegrip: de huurder

Om te bepalen welk bezitsbegrip schrijvers hanteren zal men het steeds inhoudelijk moeten toetsen. Zo stelt Hugo de Groot (1583-1645) in zijn behandeling *Van bezit-recht* in zijn *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* nadrukkelijk de geldigheid buiten twijfel van de Romeinsrechtelijke regel dat persoonlijke rechten als huur of bruikleen of bewaring niet als bezit aangemerkt worden.

§ 2. Bezit is de dadelicke behouding van een zaeck met wille om die te behouden voor ons ende niet voor een ander.

§ 3. *Dit laetste werd hier met groote reden by-ghevoegt, om dat een huurman, ofte die iet leenen ofte voor een ander bewaren, niet gezeit en konnen werden te bezitten.* [cursivering, HHR]⁵¹²

In de tweede paragraaf zet De Groot zonder twijfel het Romeinse recht uiteen: een bloot-houder, detentor, heeft geen bezit. In zijn verduidelijking kiest De Groot dan ook juist voorbeelden van personen die in het *gewere*-recht juist wél geacht werden te bezitten: de huurder van een onroerende zaak, de bewaarnemer van een roerende zaak en de leenman in het feodale recht.

De positie van de huurder in de bezitsregeling kan daarom als toetssteen dienen voor de beantwoording van de vraag of men het bezitsbegrip uit het *gewere*-recht of dat van het Romeinse recht hanteert.⁵¹³

1.4.4 Toetssteen voor de bescherming: de absoluteitheid van het storingsverbod

Het Romeinse recht verschilt ook van het inheemse recht op het gebied van de bescherming van bezit. Het verschil uit zich met name in de mate waarin het storingsverbod geldt: in het *gewere*-recht is dat verbod absoluut, terwijl het Romeinse recht in bepaalde gevallen aan de stoorder de mogelijkheid toekent om zich tegen de klacht van de gestoorde te verweren omdat diens bezit ten

⁵¹¹ Vgl. bijv. Van Oven 1948, p. 38 en 67.

⁵¹² Grotius (I), II, 2, § 2 & 3, p. 48.

⁵¹³ Zie ook mijn conclusie over de twee bezitsstelsels op p. 125.

opzichte van hem gebrekkig was.⁵¹⁴ In zo'n geval kon de stoorder de gebrekkige bezitter ongestraft uit het bezit van de zaak zetten.⁵¹⁵

Het is niet vanzelfsprekend dat een schrijver die het Romeinse bezitsbegrip heeft omarmd, ook steeds de Romeinse beschermingsregels hanteert. De Groot kan hiervoor opnieuw als voorbeeld gebruikt worden. In zijn behandeling van bezitrecht beschrijft hij het recht op bezitsbescherming als volgt:

§ 6. 't Recht hier uit spruitende is, dat yder een 't gunt hy bezit mag houden, ende die hem zulcks zouden willen afhandig maecken wederstaen: dat den bezitter oock in 't bezit moet blijven tot dat iemand anders den eigendom rechtelick heeft ingewonnen. De graven haer hier inne by wijlen hebbende vergrepen, zijn bij handvesten verbonden niemand onverwonnen te stellen buiten 't bezit.⁵¹⁶

Is dit eveneens Romeins recht of verwijst het naar een rechtsregel uit het *gewere*-recht? De Groot benoemt twee rechtsgevolgen van bezit: het verleent de bezitter de bevoegdheid tot zelfverdediging wanneer iemand het hem afhandig wil maken en de bezitter mag alleen rechtens uit zijn bezit gewezen worden. Met name het tweede deel is relevant, omdat het eerste, de bevoegdheid tot zelfverdediging, geen onderscheidend criterium is: ze bestond namelijk zowel in het Romeinse recht als in het *gewere*-recht.⁵¹⁷ Daarentegen kenmerkt de bezitsbescherming van het *gewere*-recht zich door wat Huber de *Defensivwirkung* van de *Gewere* noemde: het absolute storingsverbod in het bezit, zoals neergelegd in de *Ssp.* II, 24, § 1.⁵¹⁸ Mogen we aannemen dat De Groot in § 6 dit storingsverbod uit het *gewere*-recht uiteenzet?⁵¹⁹

Dit komt mij inderdaad zo voor. In de eerste plaats geeft hiertoe aanleiding een verwijzing waarmee De Groot zijn oorspronkelijke manuscript heeft aangevuld.⁵²⁰ Verwezen wordt naar een arrest dat is opgenomen in de verzameling van Jean Papon († 1590) van notabele arresten van de soevereine hoven van Frankrijk, *Recueil d'arrests notables des cours souveraines de France*. Het

⁵¹⁴ Zie over het verweer van gebrekkig bezit, de *exceptio vitiosae possessionis*, hierboven p. 25 e.v.

⁵¹⁵ Vergelijk hierboven noot 136.

⁵¹⁶ Grotius (I), II, 2, § 6, p. 49. Zie ook de literatuur bij Kleyn 1992, p. 544, noot 9.

⁵¹⁷ Zie de vergelijking hierboven op p. 122.

⁵¹⁸ Zie hierboven p. 96.

⁵¹⁹ In zijn uiteenzetting gebruikt De Groot het Romeinsrechtelijke onderscheid tussen bezit en eigendom, maar deze termen kunnen evengoed gebruikt zijn om de relatieve zwakte aan te geven van wat voorheen werd aangeduid als 'breekbare' gewere in verhouding tot de 'volkomen' gewere van jaar en dag.

⁵²⁰ Grotius (I), II, 2, § 6, p. 49 (noot 4). Zie ook mijn noot 510 (*in fine*), waaruit blijkt dat De Groot kennelijk ook de *gewere* in zijn behandeling van het bezit-recht wilde betrekken.

betreft een arrest uit 1278 dat, kort en goed, een geschil beëindigde tussen de koning en de graaf van Alençon over de *saisine* van de heerlijkheid van Montaigu. De beslissing luidde dat de graaf, die door dienaren van de koning feitelijk uit zijn *saisine* gezet was, hierin hersteld moest worden en dat de koning die *saisine* alleen kon aantasten met een eigendomsactie.⁵²¹

De Groot lijkt dit arrest te duiden met behulp van het inheemse recht: hij neemt namelijk bij zijn behandeling *Van bezit-recht* in het Lundse manuscript voor het eerst een verwijzing op naar de *gewere* van de *Saksenspiegel*.⁵²² Het ligt voor de hand dat die verwijzing verband houdt met ander nieuw materiaal dat De Groot toevoegde. Drie aantekeningen komen dan in principe in aanmerking, maar welbeschouwd houdt daarvan alleen de verwijzing naar Papons arrest verband met de *gewere*. De eerste van de twee andere aantekeningen komt niet in aanmerking omdat zij ziet op bezitsverkrijging door een gemachtigde, een onderwerp dat De Groot in § 4 uitwerkt.⁵²³ Deze aantekening hangt samen met een nieuwe bepaling die De Groot in zijn *Inleidinge* heeft toegevoegd.⁵²⁴ De laatste verwijzing houdt ook geen verband met de *gewere* van de *Saksenspiegel*, ze ziet op een werk van De Groot zelf: *De jure belli ac pacis*.⁵²⁵ Daarentegen sluit de verwijzing naar Papons arrest over de wijze waarop men in 1278 de

⁵²¹ Bij § 6 verwijst De Groot in het Lundse manuscript naar Papon V. 1.10 [verduidelijking door redactie: Jehan Papon, Recueil d'arrests, V.1, ed. 1559, arrest 8 = ed. 1601, arrest 10]. Het relevante deel uit het arrest luidt: '(...) Et à ce propoz, & pour vn cas y venant, se trouue entre plusieurs vn proces vuidé en Parlement, d'entre le Roy, & le Comte d'Alençon, pour la Seigneurie de Montaigu: dont fut donné arrest, duquel l'équité & la reuerence du brief langage, autre que n'est la superfluité d'aujourd'hui, meritent, que l'on le mette de mot à mot, & en lequel est tel que s'enfuit: Comme ainfi soit que par le doute fi la Seigneurie estoit du Comte d'Alençon, les gens du Roy l'eussent mis en leur main, pour ce que le Comte estoit en faillie de ladite terre, dit ha esté par arrest, que la main du Roy est leuee, & que ledit Comte doit demeurer en sa faillie: sauf au Roy nostre Sire son action, pour la propriété, fait & donné entre les iugemens, conseilz, & arrestz depeschez au Parlement de Touffaintz l'an 1278. Prins de monfieur de Luc.'

⁵²² Papon 1606, p. 124 (Livre V, arrest VIII).

⁵²³ Zie mijn noot 510 (*in fine*). Vgl. noot 417.

⁵²⁴ Grotius II, 2, § 4 luidt, voor zover van belang: 'Dit bezit moet zijn beginzel nemen uit het ghemoot ende 't lichaem beide [de Romeinsrechtelijke vereisten van *corpus* en *animus*, *HHR*]: doch met dat verstand dat wij 't zelve bezit ende bezits-gevolg oock kunnen bekomen door onze gemachtigde [hier heeft De Groot de bewuste noot geplaatst in het Lundse manuscript, *HHR*] (...).'

⁵²⁵ Grotius II, 5, § 16a is door hem toegevoegd en luidt: Nae gewoonte becomt een coopman eigendom van goederen door sijne gemachtigde die de selve goederen door last ende middelen van syn meester heeft gecocht, hoewel op des gemachtides naem, indien de selve niet en syn vervremd.

Het betreft de verwijzing bij Grotius II, 2, § 11: TER QUADER TROUWE *wanneer hij zulcks niet en meent*. Dit onderscheid zal hier nae te passe komen [volgt de bewuste verwijzing in het Lundse manuscript, *HHR*].

saisine van de graaf van Alençon beschermde naadloos aan op de wijze waarop de *gewere* aanspraak op bezitsbescherming verleende in de *Saksenspiegel* en vormt zij een verduidelijking van de regel over bezitsbescherming die De Groot in § 6 geeft.⁵²⁶

Overigens duidt Papon zelf het arrest overigens naar het Romeinse recht.⁵²⁷ Hij legt een verband met een verbod aan schuldeisers om zich eigenmachtig te verhalen op het bezit van hun schuldenaren.⁵²⁸ In de casus van de heerlijkheid van Montaigu was echter geen sprake van een inbezitneming wegens schuld. Hoe dan ook, het ligt niet voor de hand dat De Groot het arrest in dezelfde zin heeft gelezen: in dat geval lag het immers veel meer voor de hand dat hij dan

⁵²⁶ Dit is kennelijk ook de mening van de redacteurs Dovring, Fischer en Meijers, die in een verklarende noot een aantal bepalingen uit de *Sachsenspiegel* over de strijd over *gewere* weergeven, zie noot 510 (*in fine*). In hun suggestie ontbreekt overigens Ssp. II, 24 § 1.

⁵²⁷ ‘C’est le texte fort notable et propres termes de l’ancien edict de l’Empereur Marc, mis formellement en la loy, creditores.ff.ad.l.lul.de vi priua. C’est chose (dit il) tref raisonnable, que si tu crois auoir droit, tu en faces pourfuite par action, & que ce pendant ton defendeur soit possesseur, & toy demandeur: autrement il y ha de la force.’ Het verdient opmerking dat Papons duiding ontbreekt in de door mij gebruikte editie van 1606, men vindt haar wel terug in de edities van bijv. 1559, 1595 en 1596.

⁵²⁸ D. 48,7,7 (vgl. D. 4,2,13): CALLISTRATUS, Rechterlijke onderzoeken V. Als schuldeisers tegen hun schuldenaren optreden, dienen zij datgene wat hun naar hun mening verschuldigd is, door tussenkomst van een rechter op te eisen. De vergoddelijkte keizer Marcus Aurelius heeft beslist dat zij anders, d.w.z. als zij een zaak van de schuldenaar in bezit nemen zonder dat iemand dit toestaat, geen vorderingsrecht meer hebben. De bewoordingen van het decreet luiden: ‘Het beste is dat u, als u meent enigerlei aanspraak te hebben, de toepasselijke actie instelt; in de tussentijd moet de ander in het bezit blijven, u bent eiser.’ En toen Marcianus zei: ‘Ik heb absoluut geen geweld gebruikt,’ zie de keizer: ‘Denkt u soms dat er alleen dan van geweld sprake is, als er mensen bij gewond raken? Geweld is er ook telkens wanneer iemand datgene wat hij meent dat hem verschuldigd is niet door tussenkomst van de rechter opeist. Ik nu ben van oordeel dat het noch met uw eergevoel noch met uw aardigheid noch met uw plichtsgevoel strookt om ook maar iets onrechtmatig te doen. Als mij derhalve van wie dan ook wordt bewezen dat hij enige zaak van zijn schuldenaar die niet door de schuldenaar zelf aan hem is overgedragen, zonder de tussenkomst van enige rechter brutaal in zijn bezit heeft gebracht en hij aldus als rechter in eigen zaak gesproken heeft, zal hij geen vorderingsrecht meer hebben. *CALLISTRATUS libro quinto de cognitionibus. Creditores si adversus debitores suos agant, per iudicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent: alioquin si in rem debitoris sui intraverint id nullo concedente, divus Marcus decrevit ius crediti eos non habere. verba decreti haec sunt. ‘Optimum est, ut, si quas te habere petitiones, actionibus experiaris: interim ille in possessione debet morari, tu petitor es’. et cum Marcianus diceret: ‘vim nullam feci’” Caesar dixit: ‘tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. non puto autem nec verecundiae nec dignitati nec pietati tuae convenire quicquam non iure facere. quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo iudice temere possidere, eumque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit’.*

rechtstreeks had verwezen naar de bewuste bepaling uit het Romeinse recht. Verder blijft in deze lezing ook De Groots eerdere verwijzing naar de *Saksenspiegel* in de lucht hangen.

Een verder argument voor lezing van De Groots § 6 aan de hand van het *gewere*-recht is het ontbreken van een behandeling van het gebrekkig bezit en van het verweer van gebrekkig bezit. Kennelijk beschouwt De Groot ieder bezit als beschermenswaardig.⁵²⁹ Dit was in het Romeinse recht niet steeds het geval. Men treft wèl een algeheel verbod op eigenrichting aan in het interdict *unde vi*, althans sinds Justinianus. Dit wordt nadrukkelijk vermeld in Justinianus' *Instituten*:

Een interdict tot verkrijging van bezit pleegt te worden uitgevaardigd, indien iemand met geweld uit het bezit van een perceel grond uit het bezit van een perceel grond of opstallen verdreven is. Voor zo iemand is in het Edict een interdict 'Vanwaar met geweld' opgenomen. Hiermee wordt de verdrijver verplicht de ander in het bezit te herstellen, zelfs al had de betrokkene het bezit met geweld, heimelijk of ter bede van degene die hem met geweld eruit verdreven had. (...) ⁵³⁰

De eigenrichter kan zich hier dus op geen enkele wijze verweren tegen degene die hij uit zijn bezit heeft gezet, zelfs al bezat die jegens hem op gebrekkige wijze. Anders gezegd: het verweer van gebrekkig bezit, de *exceptio vitiosae possessionis* was niet toegestaan bij het interdict *unde vi*. De Groots beschrijving kan dus aansluiten zowel op het *gewere*-recht als op het Romeinsrechtelijke interdict *unde vi*.⁵³¹ Zij sluit echter niet aan op het interdict *uti possidetis*. Dat interdict kent een minder verstrekkende bezitsbescherming: het beschermt gebrekkige bezitters niet tegen hen jegens wie zij gebrekkig bezitten. Anders gezegd: de stoorder die eigenrichting pleegt, kan zich met succes tegen een klacht verweren met de *exceptio vitiosae possessionis*.⁵³² De Groot vermeldt in zijn uiteenzetting dit verweer niet. Ik maak daaruit op dat de oorspronkelijke

⁵²⁹ In De Groots tijd was men gewoon de, hieronder nog uitgebreid te behandelen, mandamenten van *maintenue* en van *complainte* in te vullen met behulp van de Romeinse bezitsinterdicten *uti possidetis* en *unde vi*, vgl. de aantekeningen van Fockema Andreae & Van Apeldoorn op regel II, § 6 in Grotius (II), p. 100 e.v. De afbakening tussen beide interdicten vond plaats aan de hand van het onderscheid tussen bezitsstoornis en bezitsverlies: bij stoornis werd het interdict *uti possidetis* van toepassing geacht en bij verlies het interdict *unde vi*. Vergelijk mijn noot 488.

⁵³⁰ Inst. 4,15,6: *Reciperandae possessionis causa solet interdicti, si quis ex possessione fundi vel aedium vi deiectus fuerit; nam ei proponitur interdictum unde vi, per quod is qui deiecit cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo qui vi deiecit vi vel clam vel precario possidebat. (...)*

⁵³¹ Zie over dit interdict bijv. Van Oven 1948, p. 124 e.v.

⁵³² Zie hierboven, p. 39 e.v.

gewere-rechtelijke bescherming nog niet door regels uit het Romeinse recht verdrongen is.⁵³³

Ik meen dat De Groots behandeling van het bezitrecht kan dienen als voorbeeld voor de mate waarin het bezitsbegrip in zijn tijd in onze streken is geharmoniseerd: het uitgangspunt is Romeinsrechtelijk, maar dit recht heeft het *gewere*-recht nog niet volledig vervangen.⁵³⁴ Ook na de verbreiding van de kennis van het Romeinse recht via de universiteiten heeft het inheemse recht invloed uitgeoefend op de bezitsacties in ons land. Deze acties vormen het onderwerp van de volgende paragraaf.

⁵³³ Kennelijk zou het verweer pas later gerecipeerd worden, we treffen we het wel aan in de regeling van bezitsstoornis in het Ontwerp Burgerlijk Wetboek van Van der Linden (1807-1808), zie hieronder p. 249.

⁵³⁴ Anders: Kleyn 1992, p. 542, zie het citaat opgenomen in mijn noot 510. Opmerkelijk is dat hij zijn stellige bewering dat de notie van de ‘weer’ na de receptie volledig verdween in noot 3 staft met een veel genuanceerder citaat van De Blécourt/Fischer 1967, p. 128 (nr. 87): ‘Na de receptie heeft het Romeinse bezitrecht het inheemse *grotendeels* [cursivering, *HHR*] verdrongen...’ Ook zijn andere bron is veel genuanceerder, zie Monté Ver Loren/Spruit 1972, p. 212 (vgl. 7^e druk 2000, p. 296): ‘De receptie van Romeins recht was het sterkst op het gebied van het verbintenissenrecht, waar het inheemse recht vrijwel geen sporen naliet. Dit is ‘naar geest en uitwerking met den romeinsrechtelijken zuurdesem doordrongen’. Op het gebied van het familierecht drong het Romeinse recht het minst sterk door, op het gebied van het erfrecht en zakenrecht is de invloed weer meer beduidend.’ Zie overigens ook Kleyn 1986, p. 183: Die resepsie van die geleerde reg het egter tot gevolg gehad dat die sisteem van *gewere* in ‘n groot mate verdring is, sodat die *benaming* [cursivering, *HHR*] “*gewere*” selfs heeltemal verdwyn het, en dat veral op die gebied van besitsbeskerming die Romeins-Kanonieke reg tot oorheersing gekom het. *Aan die ander kant kom die resepsie ook neer op ‘n versmelting van Romeinse en Germaanse reg, sodat die Germaanse reg steeds in sekere opsigte ‘n invloed uitoefen op die besitsleer soos dit na die resepsie daaruit gesien het.* [cursivering, *HHR*]. Zie ook hierboven, het citaat van Köbler in mijn noot 422. Verder wijst overigens ook De Blécourt/Fischer 1967 (p. 134, noot 2) op de door mij aangehaalde regel van De Groot (§ 6) en merkt hij op: ‘De moeilijkheid bij de bestudering van de bezitsacties uit het middeleeuwse en latere recht is hierin gelegen, dat de schrijvers, geleid door hun kennis van het Romeinse recht, voortdurend deze niet-Romeinse acties hebben trachten te assimileren met de Romeinse bezitsinterdicten.’

§ 2 Drie bezitsacties in de Lage Landen na de Middeleeuwen

2.1 Achtergrond van de bezitsacties in de Lage Landen

Na de Middeleeuwen was er nog geen sprake van eenheid in de Nederlandse gebieden, noch op staatsrechtelijk, noch op juridisch gebied. De eenheidsstaat, een voorwaarde voor een eenheidscodificatie in het algemeen en een uniforme bezitsregeling in het bijzonder, zou nog op zich laten wachten tot de Staatsregeling van 1798.⁵³⁵ Dit betekent dat de invoering en ontwikkeling van de bezitsacties plaatsvonden op gewestelijk niveau, vaak onder het gezag van de landsheer.⁵³⁶ Hierin ligt ook de verklaring voor de Franse, met name Bourgondische invloeden, waaraan de Noordelijke en Zuidelijke Nederlanden op het gebied van bezitsbescherming hebben blootgestaan.⁵³⁷ Het waren namelijk de hertogen van Bourgondië van het huis Valois, die zich aan het eind van de Middeleeuwen meester wisten te maken van grote delen van de Lage Landen.⁵³⁸ Later zouden deze delen via de ‘Bourgondische erfenis’ hun weg weten te vinden naar het huis van Habsburg. Daarna zou keizer Karel V de noordelijke gewesten weten te onderwerpen waardoor hij in elk van de gewesten als landsheer werd erkend.⁵³⁹ De invoering van bezitsacties onder het gezag van de landsheer had verder tot gevolg dat de processen met name gevoerd werden voor landsheerlijke gerechtshoven, zoals het Hof van Holland en Zeeland.⁵⁴⁰ Fockema Andreæ merkt hierover op: ‘Het waren dan ook vooral de landsheerlijke gerechtshoven door wier tussenkomst het bezit werd beschermd, die bevoegd waren om van bezitrechtelijke vorderingen kennis te nemen.’⁵⁴¹ Tot het

⁵³⁵ Zie bijv. Lokin en Zwalve 2006, p. 293.

⁵³⁶ Meijers 1933, p. 106; Fockema Andreæ 1906 (I), p. 214; De Blécourt/Fischer 1967, p. 130 (nr. 88).

⁵³⁷ De Blécourt/Fischer 1967, p. 132 e.v. (nr. 89); Monballyu 1997; Godding 1987, p. 227 e.v.

⁵³⁸ De Blécourt/Fischer 1967, p. 134 (noot 1) merkt op: ‘In die tijd ontstonden de hoven, die voornamelijk bezet werden door juristen, oorspronkelijk meest Fransen, die de Franse procesorde kenden en toepasten.’

⁵³⁹ Zie bijv. Lokin en Zwalve 2006, p. 271-275.

⁵⁴⁰ Feith 1866, p. 648 wijst op art. 94 van de oudste instructie voor het Hof van Holland (1472) die aan de “Stadhouder ende luyden van de Camere van den Rade in Holland” opdraagt kennis te nemen van “alle klachten in cas van onghebruyck, van nieuwicheden of andersints”. Zie over nieuwicheden p. 148 e.v.

⁵⁴¹ Vgl. De Blécourt/Fischer 1967, p. 132-133 (nr. 89): ‘De kennisneming van de bezitacties is daarom voor de hoogste colleges (de Raden van de Souverein) gebracht, omdat ze betroffen de handhaving van de landsvrede, de openbare orde. Daarom ook wilde men een vlugge onvormelijke wijze van procederen, ofschoon deze verwachting reeds in de 16^e eeuw een illusie is gebleken.’

Landrecht [het lokale gewoonterecht, *HHR*] drongen de nieuwe beginselen niet overal, althans niet overal zuiver door.⁵⁴² Het door de hoven gehanteerde procesrecht bewerkstelligde dat men onderscheid begon te maken tussen *petitoire*, dat wil zeggen op eigendom gebaseerde vorderingen en *possessoire* vorderingen, waarvoor het bezit als basis diende.⁵⁴³ Die scheiding heeft dus, anders dan men wellicht zou vermoeden, niets te maken met het onderscheid tussen beide rechtsmiddelen in het Romeinse recht, maar wel met de verschillende fora waarin men procedeerde.⁵⁴⁴ Zo procedeerde men bijvoorbeeld in het gewest Holland over eigendoms kwesties in eerste aanleg voor de lagere colleges, waarna men in hoger beroep kon gaan bij het Hof en na 1582 ook bij de Hoge Raad van Holland en Zeeland.⁵⁴⁵ Over bezitskwesties vond men daarentegen al in eerste aanleg gehoor bij deze twee hoge colleges, die in dit opzicht concurrerende bevoegdheid hadden.⁵⁴⁶ Volgens De Blécourt gold voor de andere gewesten *mutatis mutandis* hetzelfde.⁵⁴⁷

Ik laat verschillen op het gebied van de bezitsacties in de afzonderlijke gewesten verder onbesproken⁵⁴⁸ en beperk me tot de vaststelling dat er in de 17^e en 18^e eeuw met name drie belangrijke bezitsacties bestonden.⁵⁴⁹ Deze werden

⁵⁴² Fockema Andreae 1906 (I), p. 214-215.

⁵⁴³ De Blécourt/Fischer 1967, p. 132 (nr. 89): ‘Aanvankelijk, en nog tot in de 15^e eeuw, kon de landsheer of zijn hoog gerecht zowel een *petitoire* als een *possessoire* beslissing geven op één en dezelfde eis en hing dit, zoals gezegd, af van het geleverd bewijs en niet van de aard van de ingestelde vordering. Dit werd geheel anders bij de receptie van het Franse procesrecht. De hier sinds het begin der 15^e eeuw tot stand gekomen hoven werden naar Frans model ingericht en kregen de Franse manier van procederen, waartoe behoorde het Franse bezitsproces, echter met Vlaamse bijmenging.’

⁵⁴⁴ Het aldus aangebrachte onderscheid tussen de *petitoire* en *possessoire* procedures is vanuit historisch oogpunt interessant, maar men kan hieraan geen argument ontleen voor handhaving van het onderscheid in het huidige recht. Ik acht het echter zeer wel mogelijk dat de gescheiden competenties een verklaring vormen voor de Franse stelregel « *entre seigneur et subject n’a point de nouvelleté* ». Bij dat bezitsproces zou de landsheer immers rechter in eigen zaak zijn en daardoor ligt de uitkomst voor de hand. Dan schijnt het zinvoller om direct over te gaan over het eigendomsproces, dat voor een ander college gevoerd wordt.

⁵⁴⁵ De Blécourt/Fischer 1967, p. 132 (nr. 89).

⁵⁴⁶ De Blécourt/Fischer 1967, p. 132 (nr. 89).

⁵⁴⁷ De Blécourt/Fischer 1967, p. 132 (nr. 89). Ten aanzien van de verhoudingen tussen de vorderingen wijst hij er op (p. 133) dat wie een bezitsactie had verloren, de bevoegdheid had andermaal over dezelfde zaak, maar dan ten *petitoire*, tegen dezelfde partij te procederen. Voorts was het zo dat als een zaak ten *petitoire* was beslist, over hetzelfde onderwerp niet nog een *possessoir* geding tussen dezelfde partijen kon worden gevoerd: het mindere is in het meerdere begrepen.

⁵⁴⁸ Zie hierover bijv. Fockema Andreae 1906 (I), p. 214 e.v.

⁵⁴⁹ De Blécourt/Fischer 1967, p. 134 e.v. (nr. 89); Middelberg 1953, p. 68 e.v.; Meijers 1933, p. 106 e.v.; Grotius II, p. 104 e.v.; Fockema Andreae 1906 (I), p. 218 e.v. De Blécourt/Fischer 1967, p. 136-137 (nr. 90) noemt verder als minder belangrijke

aangeduid als ‘mandamenten’: bevelschriften.⁵⁵⁰ Het zijn: het *mandament van spolie*, het *mandament van complainte* en het *mandament van maintenue*.⁵⁵¹ Hieronder zet ik deze acties en hun werkingsgebied in hoofdlijnen uiteen. Zoals nog zal blijken wanneer ik de uiteenlopende toepassing van het *mandament van maintenue* in verschillende gewesten zal bespreken, is het gevaarlijk om uit uitspraken van individuele schrijvers of gewestelijke instanties conclusies te trekken voor het geheel van de Lage Landen. Vanwege het historisch grote belang en de invloed van het Rooms-Hollandse recht zal ik bijzondere aandacht besteden aan het recht van Holland en Zeeland.

2.2 Het *mandament van spolie*

Het *mandament van spolie* is een rechtsmiddel ontleend aan het canonieke recht.⁵⁵² Het Latijnse werkwoord *spoliare* betekent beroven, men kan de aanduiding dan ook vertalen als ‘bevelschrift van beroving’. Vermoedelijk alleen al vanwege deze naam zullen vroegere rechtsgeleerden de neiging hebben gehad om dit bevel te vergelijken met het Romeinsrechtelijke bezitsinterdict *unde vi*: het bevel ‘Vanwaar met geweld’.⁵⁵³ Het mandament heeft echter zijn eigen kenmerken. Het meest opvallende daarvan is dat het alle houderschapsverhoudingen bestrijkt: het maakt dus niet uit of men ze kwalificeren kan als civiel, quasi of natuurlijk bezit.⁵⁵⁴ Evenmin speelt het een rol of het goed waarover met deze bezitsactie geklaagd wordt roerend of onroerend is. Door deze eigenschappen is het de ruimste van de drie hierboven genoemde bezitsacties. Uit haar naam en achtergrond zou men kunnen afleiden dat ze alleen van toepassing is bij een gewelddadige bezitsontneming, maar dat hoefde in ieder geval niet steeds het geval te zijn geweest in Holland, Zeeland en West-

bezitsactiën het mandament van inmissie (zie hierover m.n. mijn noot 690) en het mandament van sauvegarde.

⁵⁵⁰ De Blécourt/Fischer 1967, p. 135 (noot 1): ‘Mandament of mandement was een bevel, dat door het rechterlijk college op een daartoe strekkend verzoek werd verleend, inhoudende dat een deurwaarder de tegenpartij moest dagvaarden. Werd dit verzoek ingewilligd, dan heette degene, aan wie het was toegestaan: de impetrant (de verwerver) van het mandament.’

⁵⁵¹ Het mandament van spolie en het mandament van complainte worden beide ook wel aangeduid als *redintegrande*, zie Middelberg 1953, p. 69.

⁵⁵² Zie hierboven, p. 82 e.v. (§ 1.2). Overigens komt het mandament van spolie nog steeds voor in het Zuid-Afrikaanse recht: zie met name Kleyns dissertatie uit 1986.

⁵⁵³ Zie hierboven, p. 84.

⁵⁵⁴ Zie voor het begrip quasi-bezit of quasi possessio hierboven, p. 81.

friesland.⁵⁵⁵ Daar vond een uitbreiding plaats van de traditionele kring van gedaagden: passief gelegitimeerd zijn dan niet langer alleen de spoliator, diens erfgenaam en derden te kwader trouw, maar ook ieder ander bij wie de voormalig houder zijn onvrijwillig verloren goed aantreft.⁵⁵⁶ Toch heeft het oorspronkelijke doel van de bezitsactie – het tegengaan van gewelddadige bezitsontneming – in de vormgeving van haar procedure een duidelijk spoor achtergelaten. Het werd namelijk de gedaagde niet toegestaan om het verweer van gebrekkig bezit, *exceptio vitiosae possessionis*, te voeren.⁵⁵⁷ Dit ligt ook in de lijn der verwachting: de actie was ingevoerd ter bestrijding van onrechtmatige bezitsontneming, met inbegrip van onrechtmatige eigenrichting, en het gegeven dat een gelaedeerde gebrekkig bezat is irrelevant bij de beoordeling of een dergelijke daad jegens hem heeft plaatsgevonden. Een geslaagd beroep op het *mandament van spolie* leidde tot herstel in de oude toestand, men kan het rechtsmiddel daarom typeren als houderschapherstellend.

Ondanks het ruime werkingsgebied maakte de praktijk van het gewest Holland nagenoeg geen gebruik van het *mandament van spolie*: om procedurele redenen gaf men de voorkeur aan het zogeheten *mandament van complainte*.⁵⁵⁸ Zo lezen we in het *Tractaet van complainte* van de Haagse advocaat Pieter Bort (1615-1674) dat het aanbeveling verdient om pas over te gaan op het *mandament van spolie* als men een beroep op het zogeheten *mandament van complainte* kansloos acht.

§ 24, Soo dat Mandament van Spolie niet geraten is te verfoecken, dan daer men fiet by wegen van Complainte niet te fullen obtineren, uyt oorfaecke dat niet alles

⁵⁵⁵ Meijers 1933, p. 108 maakt melding van een beslissing van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en Westfriesland van 10 februari 1729, (*Observationes tumultuariae* XI n. 2505) waarin dit gerecht, tegen de zin van Bijkershoek, besliste dat bij mandement van spolie geprocedeerd kon worden zonder dat er geweld gebruikt was. Anders: De Blécourt/Fischer 1967, p. 135 (nr. 89). Vergelijk ook het bij mijn noot 310 opgemerkte. De Jonge 1857, p. 115-121 (§1 - §3) geeft een gedetailleerde beschrijving van elk van de fasen in het spolieproces voor het Hof en de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland.

⁵⁵⁶ Vgl. Fockema Andreae 1906 (I), p. 206 en hierboven, p. 84.

⁵⁵⁷ Meijers 1933, p. 108. Zie over het verweer van gebrekkig bezit hierboven, p. 39.

⁵⁵⁸ De Blécourt/Fischer 1967, p. 135 (nr. 89); Coninck Liefsting 1869, p. 247. Grotius II, p. 105 (93). Vgl. Meijers 1933, p. 111. Dit schijnt ook in Utrecht het geval te zijn geweest. Hallebeek 1998, p. 205 wijst op een studie van Van Iterson over uitspraken van het hof van Utrecht in de periode tussen 131 en 1538. Van Iterson vond daarin 17 uitspraken over *maintenue* of *complainte*, maar slechts 1 uitspraak over *spolie*. Zie over het gebruik van de *spolie* in Brabant hieronder p. 180. Huber schrijft in zijn II boek, X kapittel, nr. 7 dat de praktijk van Friesland wordt gereguleerd naar Keizerlijk (= Romeins) recht en dat de pauselijke remedien er dus geen plaats hebben.

en concurreert, 't geen nochtans in *Complaincte* præciefelijck wert gerequireert, (...)⁵⁵⁹

Coninck Liefsting verklaart deze aanbeveling vanuit de bekendheid met de rechtsmiddelen: de *complainte* kende onder andere een gevestigde leer en vastgelegde procedures voor de Hoge Raad en het Hof van Holland. De spolie was onzekerder: zij vond haar grondslag louter in geschriften van rechtsdoctoren.⁵⁶⁰

2.3 Het *mandament van complainte*

'PAULUS en PAPINIANUS zouden zeker, indien zij uit hun graf verrezen de berechting ener bezitactie bij *complainte* voor het Hof van Holland of voor de Hoge Raad van Holland en Zeeland hebben kunnen bijwonen, de handen van verbazing ineen hebben geslagen, als zij de advocaten elkander hadden horen bestrijden met plaatsen uit het Romeinse recht; alsof dat recht de grondslag had kunnen uitmaken van een recht, zoals zij daar hoorden bepleiten, waarbij men onderzocht, wie de oudste en beste brieven had.'⁵⁶¹

Het *mandament van complainte* is ontleend aan het Franse recht, dat in de 13^e en 14^e eeuw de *complaincte de saisine et de nouvelleté* ontwikkelde.⁵⁶² Deze naam verradt de *saisine*-rechtelijke herkomst.⁵⁶³ De *complainte* was oorspronkelijk

⁵⁵⁹ Bort 1731, p. 375. Zie hierover ook: Kleyn 1986, p. 273 en met name zijn noot 221.

⁵⁶⁰ Coninck Liefsting 1869, p. 267.

⁵⁶¹ Coninck Liefsting 1869, p. 165, vgl. Smits 1869, p. 112 e.v. De Jonge 1857, p. 6-33 (§1 - §8) geeft een gedetailleerde beschrijving van elk van de fasen in het *complainte*-proces voor het Hof en de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland.

⁵⁶² De Blécourt/Fischer 1967, p. 133 (nr. 89); Coninck Liefsting 1869, p. 247 e.v.; Brissaud 1912, p. 330 e.v.; Van Neste 1990 (V), p. 391.

⁵⁶³ Smits 1867, p. 581: 'Zeer terecht zegt alzo EUSÈBE DE LAURIÈRE in zijn uitgaaf van de *Institutes Coutumières* van LOYSEL, bij art. 96 van de *Coûtume de Paris*: "Pour avoir la *complainte*, il faut avoir la *saisine*, et pour avoir la *saisine*, il faut avoir possédé pendant l'an et jour, à moins qu'on n'ait été ensaisiné par le seigneur dont la chose contentieuse est mouvante; car la *saisine* donnée par le seigneur, vaut celle qui est acquise par an et jour.' Coninck Liefsting 1869, p. 207: 'Het verdient ook opmerking, dat zeer wordt aanbevolen, [in de *Ancienne Coutume de Normandie*, die in chap. 93 en 95 een nauwkeurige beschrijving bevat, hoe de actie *pour nouvelle dessaisine* wordt behandeld, *HHR*] om onderzoek te doen naar de aard van het bezit en hoe het was verkregen; omdat elk bezit niet moet worden teruggegeven. Indien iemand vrijwillig zijn bezit aan een ander heeft afgestaan of het ingevolge rechterlijk bevel heeft afgegeven en hij het later opvoert; dan zal hij het niet verkrijgen. Indien iemand het bezit vraagt, waarin hij is gekomen met geweld, of indien hij het ontving van iemand, die zelf geen recht had: zulk een bezit moet hem niet worden teruggegeven; want men moet haten elk bezit dat met geweld of door diefstal genomen is. Uit deze laatste woorden blijkt duidelijk het geheel Germaanse karakter van deze rechtspleging. Het geldt een onderzoek naar de absolute rechtmatigheid van het bezit (niet zoals in het Romeinse recht, of het bezit ook door

bedoeld als klacht waarmee iemand die in de uitoefening van zijn feitelijke macht over een zaak gestoord was om opheffing van die storing kon vragen.⁵⁶⁴ Ze werd echter sinds het midden van de 14^e eeuw ook gebruikt indien de machthebber geheel van zijn zaak was verdreven.⁵⁶⁵ Die uitbreiding wordt toegeschreven aan degene die in 1341 aangesteld werd als eerste president van het Parlement van Parijs: Simon de Buci († 1370). Van hem zou afkomstig zijn de rechtsregel dat degene die van zijn onroerend goed wordt verdreven slechts de *feitelijke possessie* verliest en de *saisine* (de ‘juridische possessie’) behoudt: *Celui qui serait expulsé de son héritage n’en perdrait que la possession de fait et il conserverait la saisine*.⁵⁶⁶ Hoewel de literatuur de regel wel aanmerkt als innovatie en uitvinding van de Buci, behelst zij volgens mij niets anders dan een bestaande regel van Germaans gewoonterecht die we ook aantreffen in de *Schwabenspiegel*.⁵⁶⁷ In de 16^e eeuw zal de Vlaamse raadsheer en schrijver Philips Wielant († 1520) in zijn *Practijcke Civile* ter nascholing van academisch opgeleide juristen speciale aandacht aan de herkomst van deze regel besteden.⁵⁶⁸ Hij spreekt van een Franse praktijk die hij aanduidt als *Nieuwichede* en beschrijft haar kenmerken als volgt:

§ 1. Nieuwichede is den troubel ofte belet datmen yemant doet by feyte in zijn poffessie.

geweld, ter bede of heimelijk was verkregen van de tegenpartij) en daarbij komt ook in aanmerking het onderzoek naar het recht, dat de voorganger op op de tegenwoordige bezitter had kunnen overdragen. Was door deze het bezit te onrecht verkegen, dan gold ook het bezit van zijn opvolger niet; want zoo heet het, “men moet elk bezit haten, dat door geweld of diefstal verkregen is.” Anders: Vuye 1995, p. 167, die de complainte (m.i. ten onrechte) herleidt op het Romeinsrechtelijke *interdictum uti possidetis*: ‘De complainte gaat terug op het Romeinsrechtelijke *interdictum uti possidetis* en is via de Ordonnantie van 1667 in de Napoleontische codificaties opgenomen.’ Vuye ziet in haar een bescherming van ‘diegene die aan het verjaren is’ (p. 168). Zie ook hieronder noot 764.

⁵⁶⁴ Asser/Scholten 1933, p. 72.

⁵⁶⁵ Asser/Scholten 1933, p. 72.

⁵⁶⁶ Zie bijv. Eusèbe de Laurière 1777 (I), p. 257: ‘Mellire Simon de Buci, qui étoit premier Préfident du Parlement, introduisit le premier, que celui qui feroit expulsé de son héritage, n’en perdrait que la possession de fait, & qu’il en conserveroit la saisine.’; Merlin 1827 (VIII), *sub* Interdit en matière possessoire, p. 512. Ook Asser/Scholten 1933, p. 72 citeert de regel, echter zonder bronvermelding: “Celui qui serait expulsé de son héritage n’en perdrait que la possession de fait et il conserverait la saisine. La force et ce qu’on appelloit dessaisine seroient regardé comme novellités ou nouveaux troubles”. Ook in de achtste druk (Asser/Scholten 1945, p. 76) ontbreekt een bronvermelding: ik vermoed dat deze lacune mogelijk verklaart waarom Beekhuis het citaat niet overnam in de negende druk (Asser/Beekhuis 1957, p. 133): onbekendheid met de bron.

⁵⁶⁷ Zie hierboven mijn noot 417.

⁵⁶⁸ Zie hierboven mijn noot 465.

§ 2. Dese practijcke van nieuwichede coemt vuyt Vranckerijc ende vuyten stijle vanden Parlemente / daer meest alle de processen geestelijck ende weerlijck ten posselloire ingestelt ende beleydt worden by nieuwicheden.

§ 3. Ende seggen eenige dat die vonden is (niet wetende in wat tijt) by eenen grooten practifien ghenaeamt M. Simon de Bully/in faueur vanden getroubleerden / ende om hemluyden haestich remedie byder ouerhandt daer inne te doen hebben / Ofte / soe eenige seggen / om met dier practijcke en onder t'dexel van t'posseffozie te betrecken in d'eerste instantie alle de saken vande Croone/alsoe wel beneficiale/als andere/ int voorscr. Parlement.⁵⁶⁹

§ 4. *T'fondament van dese practijcke (die den nieuwen Advocaten versch vander scholen commende/vreemde is om te practiqueren) is saisine. Dwelcke een woordt is ofte terme onbekent ende niet geuseert in rechte noch in andere landen* [cursivering, HHR].

§ 5. Ende zy houden dat saisine is een posseffie van rechte / commende ende spruytende vuyt dry manieren van possessie ofte tijtlen/ te weeten vuyt successie / vuyt ghifte / ende vuyt occupatie.⁵⁷⁰

Uit het gegeven dat Wielant opmerkt dat *saisine* niet op de rechtsscholen onderwezen wordt, maak ik op dat de universiteiten zich volledig richten op het Romeinsrechtelijke bezitsbegrip, *possessio*, hoewel de praktijk dit *saisine*-rechtelijke bezitsbegrip nog steeds kende.⁵⁷¹ Verder valt het op dat Wielant het woord *saisine* niet verbindt met *gewere*, de naam waaronder het begrip in andere landen wel bekendstond.⁵⁷² In onze contreien zijn vragen gerezen over de reikwijdte van de *complainte*: het staat vast dat zij van toepassing is op onroerende goederen, maar is de *complainte* óók van toepassing op roerende goederen?

Omdat het rechtsmiddel uit Frankrijk stamt, ligt het voor de hand om bij de beantwoording van deze vraag in de eerste plaats de Franse praktijk te raadplegen. Maar het antwoord is daar niet eenduidig omdat het *saisine*-recht zich in Frankrijk in de loop van de tijd heeft vermengd met het Romeinse en canonieke recht.⁵⁷³ Oorspronkelijk zou de *complainte en cas de saisine et de nouvelleté* zich ook uitgestrekt hebben tot roerende zaken, omdat men ook

⁵⁶⁹ Zie voor een uitgebreide en gemotiveerde weerlegging dat Simon de Bussy (de Buci) de bron is van de *complainte en cas de saisine et de nouvelleté*, bijv. Brodeau 1669 (II), p. 82 e.v. Zie ook: De Jonge 1857, p. 79 e.v.

⁵⁷⁰ Wielant 1573, I, Cap. viii, p. 37-38. Zie over de totstandkoming van Wielant's *Practijcke Civile* in het kader van de invoering van bezitsvorderingen in het Vlaamse recht: Monballyu 1997. Zie over het onderscheid tussen *saisine* en possessie verder: *Le Grand Coutumier de France* [ed. Laboulaye/Darest 1868], Chapitre XIX (*des cas de nouvelleté*) p. 232-233: 'Jà soit ce que le droit de possession et saisine n'aient point de difference expresse, toutesfois par coustume ils ont telle difference que (...)'.
⁵⁷¹ Zie in dit verband ook de gelijkstelling van *saisine* met possessie, hieronder p. 152.

⁵⁷² Zie in dit verband ook noot 347 over de zogeheten 'Heerheyde'.

⁵⁷³ Vgl. voor het volgende De Jonge 1857, p. 81. Zie ook: Meijers 1946.

saisine van roerende zaken kon hebben. Daarvan getuigen fragmenten uit oude juridische teksten, waaronder een fragment uit het rechtsboek *Coûtumes de Beauvaisis* van de Franse jurist Philippe de Beaumanoir († 1296).⁵⁷⁴ Ook Jean Boutillier († 1395) noemt in zijn *Somme rural* roerende zaken nog als object van de *complainte*.⁵⁷⁵ Ook in de zogeheten *Olim*, het oude register van zaken van het Parlement van Parijs, treft men voorbeelden aan van *saisine* van roerende zaken.⁵⁷⁶ De toenemende romanisering uitte zich echter in het gegeven dat de juristen de *complainte* beginnen in te vullen met behulp van het op de universiteiten geleerde recht.⁵⁷⁷ In concreto betekent dit dat men de *complainte*

⁵⁷⁴ Alouzet 1849, p. 154-155. Zie ook het citaat bij noot 847. Anders: Coninck Liefsting 1869, p. 216.

⁵⁷⁵ Bouteiller/Charondas Le Caron 1603, Tiltre XXXI – De Complaincte de Novvelete, (p. 189): ‘Car fur ce generalemēt & fur tous autres troubles, quels qu’ils foient, le peut alleoir cōplainte de nouuelleté, *foit fur chose mobiliare* [cursivering, *HHR*], perfonelle, reelle, spirituëlle, corporelle, puis q’on en auroit possession acquise par temps suffisant & par le dernier an qui tout conferme: (...)’ Alouzet 1849, p. 109 meent dat Charondas Le Caron († 1613), die in zijn annotatie op titel XXXI (p. 199) schrijft ‘Le cas de faifine & nouuelleté compete pour chofes immeubles, & non pour meubles (...)’ zelfs in het tijdperk waarin hij schreef nog niet helemaal gelijk had.

⁵⁷⁶ Alouzet 1849, p. 108-109 bespreekt *Olim*, t. I, p. 297, VI; t. I, p. 320, VII; t. I, p. 8, XVI: ‘Une enquête de 1269 rapportée dans les Olim, est le premier témoignage que nous pouvons citer: « Inquesta facta quod dominus Matheus conquerebatur quod gentes domini regis dissaisierunt ipsum triginta tribus gallinis annui redditus quas habet pronunciatum fuit quod dicto Matheo restitatur saisina ». Une demande possessoire fut introduite relative à certains objets qui ne rentraient nullement dans la classe de ceux désignés de nos jours sous le nom d’immeubles par destination; l’enquête en donne l’énumération: « viginti quinque perpintos de quibus recuperavit decem; item triginta lanceas item viginti quinque capellos ferreos; item duo jacala, item quatuor scuto etc. » Le parlement fit droit à cette demande. Une autre enquête de 1256 a pour objet de rechercher si les moines de Moyenmoutiers étaient « in saisina non solvendi mestivam pro casale suo de Monia de Valonges. »’ Zie ook mijn noot 847.

⁵⁷⁷ Ik gebruik met opzet de uitdrukking ‘toenemende romanisering’ omdat men over Beaumanoir wel het beeld aantreft van een schrijver die in de volkstaal schrijft omdat hij het Latijn niet machtig is en derhalve ook geen kennis heeft kunnen nemen van het geleerde recht. Tegen dit beeld verzet zich de *Dictionnaire historique des juristes français, XIIIe-XXe siècle* (dir. Arabeyre, Halpérin et Krynen), 2007, p. 56 (*sub* Beaumanoir, Phillippe de): (...) malgré de bonnes études anciennes qui établissent que ce coutumier était très savant, on n’a voulu voir en Beaumanoir qu’un brave homme de bailli qui, regardant autour de lui, décrivait pour évident qu’il ne savait pas le latin et qu’il ne pouvait connaître le *jus commune*. Bref, un praticien non contaminé par les subtilités des docteurs transalpins, qui n’écoutait que son bon sens. En fait, c’est un civiliste qui connaît le latin (on oublie que l’apprentissage de l’écriture se faisait en latin et on l’imagine mal dans son rôle d’ambassadeur en Rome s’il n’avait su le parler) et les doctrines des civilistes. Le choix de la langue vulgaire pour son coutumier mériterait que l’on s’y arrête, car c’est un choix et non une faculté, alors que la traduction des compilations de Justinien en langue vulgaire marque le pas dans la seconde moitié du XIII^e siècle. Ce serait même un indice qu’il a fait ses études à Orléans, qui semble avoir été un centre de traductions juridiques.’, p. 56.

begint te vereenzelvigen met het bezitsinterdict voor onroerende zaken: *uti possidetis*. Dit proces vindt men terug bij de beroemde jurist Jean Faure (*Ioannis Fabri*, † 1340). Faure heeft waarschijnlijk in Montpellier en Bologna rechten gestudeerd en is zeer georiënteerd op het Romeinse recht. Hiervan getuigt onder andere zijn commentaar op de interdictentitel van de Instituten van keizer Justinianus, *ad titulum institutorum de interdictis commentaria*. Dit commentaar maakt deel uit van een werk waarvan alleen al in de 16^e eeuw meer dan 18 herdrukken zijn uitgegeven, een werk dat grote invloed heeft uitgeoefend op andere juristen van de 16^e en 17^e eeuw.⁵⁷⁸ Faure legt de link met de *complainte en cas de saisine et de nouvelleté*, door hem aangeduid als *novitatis*, en het interdict *uti possidetis*, dat in het Romeinse recht diende tot behoud van bezit:

Deze materie is volledig in de praktijk gangbaar, vooral aan het Franse Hof: waar bijna alle rechtszaken ingesteld worden bij wege van van nieuwigheid, hetgeen ongeveer overeenkomt met *Uti possidetis*, (...) ⁵⁷⁹

Dat een jurist die geschoold is in het Romeinse recht *saisine* in verband brengt met de Romeinsrechtelijke *possessio* is op zich niet bepaald verbazingwekkend. De Italiaan Cino da Pistoia († 1336), leermeester van de beroemde jurist Bartolus van Sassoferrato, legde eenzelfde verband toen hij opmerkte dat de Fransen vastgrijpen *saisire* noemden en dat zij daarom bezit met *saisine* aanduiden: *prehendere Galli, saisire dicunt, sicut et possessionem saisinam vocant*.⁵⁸⁰ Maar het is van belang om vast te stellen dat Faure de *complainte* hier nog niet vereenzelvigt met het interdict *uti possidetis*: hij zegt slechts dat ze *ongeveer* overeenkomen. Faures nuancering is terecht: afgezien van het bij de *complainte* vereiste bezit van jaar en dag verschillen de rechtsmiddelen met betrekking tot de zaken die ermee opgevorderd konden worden. Immers, met de *complainte* kon men oorspronkelijk ook roerende zaken opeisen. Het interdict *uti possidetis*

⁵⁷⁸ *Dictionnaire historique des juristes français, XIIe-XXe siècle* (dir. Arabeyre, Halpérin et Krynen), 2007, p. 321-322 (sub Faure (*Fabri*), Jean): ‘(...) Édité à plus de dix-huit reprises au XVI^e siècle, le *Commentaire sur les Institutes* exerce une influence importante sur les auteurs coutumiers des XVI^e et XVII^e siècles. Proclamé *summus Franciae consuetudinarius* par le commentaire de la coutume de Bourges, Nicolas Bohier, il est utilisé aussi bien par Chasseneuz dans son commentaire de la coutume de Bourgogne que par les parisiens Du Moulin (au titre des fiefs) et Brodeau (au titre du retrait lignager), ou par son fervent admirateur, le commentateur de la coutume d’Angoumois, Jean Vigier.’

⁵⁷⁹ dal Mayno 1609, p. 798: ‘Retinendæ a) In gl. ob hoc in fin ff vti poss. l. 3. §. fin. de vi & vi arm. l. interdicto. Hæc materia est tota practicabilis, maxime in Curia Franciæ: vbi fere omnes causæ sunt in casu novitatis, quod est fere, *Vti possidetis*, (...)’ Vergelijk § 2 uit het citaat van Wielant bij noot 570.

⁵⁸⁰ Geciteerd naar Valentin-Smith 1854, p. 64. Vgl. de uitspraak van Pothier, geciteerd in noot 724.

werd in het Romeinse recht uitsluitend gebruikt ten aanzien van onroerende zaken, het bezit van roerende zaken vorderde men met het *interdictum utrubi*. In zijn bespreking van het interdict *uti possidetis* benadrukt Faure dan ook de uitsluiting van roerende zaken:

Want voor het bezit van roerende goederen wordt het [d.w.z. het *interdictum uti possidetis*, HHR] niet gegeven: zoals hier blijkt.⁵⁸¹

Maar waar Faure in het begin van zijn commentaar het interdict *uti possidetis* niet vereenzelvigde met de *complainte en cas de saisine et de nouvelleté* doet hij dat later wel. Hij schrijft namelijk wanneer hij ingaat op de toepasselijkheid van het interdict op het bezit van rechten:

Het Hof van Frankrijk geeft het [het interdict, HHR] evenwel voor alle rechten en bijna alle rechtszaken zijn van deze aard, zoals ik hierboven heb uiteengezet.⁵⁸²

We lezen dat bijna alle rechtszaken voor het Hof van Frankrijk bestonden uit *complaintes en cas de saisine et nouvelleté*. Het lijkt er dus op dat Faure toch niet scherp onderscheidt tussen de *complainte* en het interdict.⁵⁸³ Maar bij een gelijkstelling van de *complainte* met het interdict ligt uitsluiting van roerende

⁵⁸¹ dal Mayno 1609, p. 801 [sub 22]: ‘*nam pro possessione mobilium non datur* [d.w.z. niet gegeven wordt het interdict tot behoud van bezit: *Uti possidetis*; cursivering, HHR]: vt hic patet.’

⁵⁸² dal Mayno 1609, p. 801 [sub 23] ‘¶ Sed † quæritur. An detur pro quali possessione iurium? Scis, quod glossa teneat quod sic ff. eod. l.1. §.1. in princ. & specul. in tit. de causa possessionis. verf. & scias. Et tenant omnes Dd. communiter, quod hoc indubitabiliter est verum, quando iura illa adhærent rei immobili; vt dixi supra circa princip. tit. Curia tamen Franciæ dat pro omni iure, Licet in scriptis exemplaribus legatur, *patronum iure*, rector & veriorlectio est *pro omni iure*, quo mēs Fabri nostri me impellit; cuique rei argumento est Galliarū mos in eiusmodi iudiciis, *de faisine, & nouvellete*. Omnes enim causæ fere sunt ex illis. Quod si, *patronum*, legas, non tibi constabit Faber.) Et quasi omnes causæ sunt de talibus: vt supra dixi.’ Ik heb in mijn vertaling de hier gesuggereerde lezing overgenomen.

⁵⁸³ Esquiou de Parieu 1850, p. 127-128: ‘Dans son Commentaire sur les Institutes de Justinien, un jurisconsulte de l’Ouest, écrivant au commencement de la période dans laquelle nous entrons, *Johannes Faber*, s’étend longuement sur le cas de nouvelleté, *casus novitatus*, qu’il compare à l’interdit *uti possidetis* (en semblant même les confondre), et par conséquent il refuse d’appliquer aux meubles: *pro possessione mobilium non datur*. Meer in het algemeen Alauzet 1849, p. 108: ‘(...) l’analogie que l’on chercha à établir en France entre la complainte et les interdits était une raison de plus pour expliquer cet état de choses; toutefois, il ne put se maintenir. L’influence du droit romain, qu’on a prétendu avoir été décisive en cette matière, n’empêcha pas cette réforme; mais la conséquence qu’on a tirée de ce fait et des paroles de nos anciens jurisconsultes a été trop loin, lorsqu’on a nié qu’en aucun temps on eût connu en France l’action possessoire pour meubles.’

zaken voor de hand. Alauzet wijst er op dat de volgende stap was dat men in de praktijk de reikwijdte van de complainte beperkte ten aanzien van roerende zaken. Hij citeert de opsteller van het veertiende-eeuwse *Grand Coutumier*: die vermeldt in zijn bespreking van de actie wegens nieuwigheid dat er uitzonderingen bestaan, maar dat voor een actie die enkel betrekking heeft op roerende zaken het *interdictum uti possidetis* (sic) niet beschikbaar is.⁵⁸⁴ De zogeheten koninklijke ‘civiele ordonnantie uit april 1667’ maakte in de complainte ten aanzien van roerende zaken slechts een uitzondering voor gemeenschappen van roerende zaken, *universalités de meubles*.⁵⁸⁵ Zo zijn in Frankrijk uiteindelijk roerende zaken nagenoeg uit het bereik van de complainte gehaald waardoor het nodig werd om voor roerende zaken een afzonderlijke regeling te treffen.

Die laatste ontwikkeling komt nader aan de orde bij de bespreking van de stelregel dat ‘bezit geldt als titel’, *possession vaut titre*.⁵⁸⁶ Ik volsta hier met de vaststelling dat Loysel in zijn 1607 voltooid *Institutes Coutumières* de regel opnam dat men de complainte niet kon instellen voor roerende zaken.⁵⁸⁷ Daaruit valt op te maken dat de invloed van de bezitsleer uit het geleerde recht op de complainte zo groot is geweest dat hij in staat is geweest om de oorspronkelijke toepassing van de complainte in Frankrijk op roerende zaken nagenoeg te elimineren.⁵⁸⁸

⁵⁸⁴ Alauzet 1849, p. 109-110: ‘L’auteur du Grand coutumier, contemporain de Bouteiller, enseigne que la règle avait en effet été restreinte; on doit en conclure que ce fut à ce moment sans doute que ce changement dans les principes relatifs aux actions possessoires s’est introduit. « J’aïoit dit-il [*Grand Coutumier*, livre II, ch. XXXI, *HHR*], ce que l’on die que pour meubles l’on ne puisse pas intenter le cas de nouvelleté, toutefois, si fait bien en deux cas: *primo* en cas d’une succession universelle, combine que l’on ne feist pas à recevoir à demander par nouvelleté une pinte, une robbe, ou autre meuble; toutefois, l’on feist bien à recevoir à demander universellement la succession, supposé qu’il ny ait meubles; *secundo* si tu prens en ma justice un pourceau ou autre meuble, *en justiciant, tu me troubles en ma justice à raison de quoi l’action de nouvelleté me compete; mais si je me fonde uniquement super re mobile, non competeret interdictum uti possidetis* [cursivering, *HHR*]. »

⁵⁸⁵ Art. 1 van Titel XVIII van de Ordonnantie van 1667 luidt: Si aucun est troublé en la possession & jouissance d’un heritage ou droit réel, ou *vniversalité de meubles* [cursivering, *HHR*] qu’il possédait publiquement, sans violence, à autre titre qu de fermier ou possesseur precaire, peut dans l’année du trouble former complainte en cas de faifine, & nouvelleté contre celui qui luy a fait le trouble. Zie ook Meijers 1946, p. 389 e.v. Zie over de ordonnantie nader Coninck Liefsting 1869, p. 248 e.v.

⁵⁸⁶ Zie hierover nader hoofdstuk 3, paragraaf 2.

⁵⁸⁷ Loysel 1848, p. 143, Livre V, Tit. IV – De possession, reg. XV: ‘Pour simples meubles, on ne peut intenter complainte; mais en iceux, échet aveu et contre-aveu.’ Zie ook regel XVII: Succession universelle de meubles, et généralement toutes choses qui ont nature d’héritage ou de droit universel, chéent en complainte.

⁵⁸⁸ Het verdient aantekening dat Antoine Loysel bijzonder koningsgezind was en daarom graag eenheid van recht in het koninkrijk suggereerde. De door de regel gesuggereerde rechtseenheid wordt genuanceerd door Renaud, die aangeeft dat het costumiere

Het voorgaande leidt mij tot de conclusie dat het voor de beantwoording van de vraag of de *complainte* in Frankrijk van toepassing is op roerende zaken afhangt van welk standpunt men inneemt. Schrijvers die nadruk leggen op de historische *complainte* zullen de vraag bevestigend beantwoorden, zij die de nadruk leggen op de ontwikkeling van de *complainte* in het gemene recht zullen een ontkenkend antwoord geven.

Na deze uiteenzetting van de *complainte* in Frankrijk volgt een bespreking van de toepassing van dit rechtsmiddel in onze contreien.

Bort († 1674) meent dat in het Rooms-Hollandse recht roerende zaken wél onder het *mandament van complainte* vallen, zo valt te lezen in zijn *Tractaet van complainte*. Bort vermeldt daarin dat een aantal schrijvers roerende zaken hiervan wil uitzonderen (eximeren), maar acht een dergelijke uitsluiting in strijd met het geldende recht.

Tit. III - In wat faecken *Complaincte* kan werden geintenteert.

1. *Mandament van Complaincte heeft plaets in alle faecken, die men kan possideren, ofte quali possideren.*
2. *Soo roerende, als onroerende, foo lichamelijck, als onlichamelijck.*
3. *Ende of wel eenige Schrijvers roerende goederen daer van eximeren om redenen, die fy pretenderen daer toe te dienen.*
4. *Soo is echter fulckx hier te Lande niet gerecipient.*⁵⁸⁹

Frankrijk op dit punt ver van rechtseenheid was. Renaud 1845 (I), p. 378: 'L'assertion de Loysel, en effet, n'est pas complètement exacte, car si plusieurs coutumes excluent formellement la *complainte* en matière mobilière [Par exemple, coutume d'Orléans, 489, *HHR*], il en est un beaucoup plus grand nombre qui la passent sous silence, se contentant de poser quelques règles relative à la possession des immeubles [Poitou, 399; Sedan, 263; Anjou, 426; Maine, 446; Bourbonnais, 87, Montargis, XXI, 1, *HHR*]. Ce silence s'explique par le peu d'importance attaché à la fourture mobilière et l'on n'en saurait conclure, quoi qu'en dise Loysel, que *pour simples meubles* on ne pouvait *intenter complainte*. Ajoutons que plusieurs coutumes parlent des actions possessoires d'une manière générale, et sans distinguer entre les meubles et les immeubles [Par exemple, Valois, 116, *HHR*], et que d'autres les admettent expressément pour les meubles [Par exemple, Normandie, art. LV. *La clameur de haro* (premise par article, tant pour *meuble* que pour *heritage*), est désignée par les anciens auteurs comme *int. retin. possess.*, *HHR*]. Il faut donc dire que sur ce point, comme sur tant d'autres, la France coutumière était loin de suivre des règles uniformes. Et ce qui est vrai de la *complainte* l'est également de la réintégrande, dont l'existence dans l'ancien droit français paraît même avoir été universelle [ik laat de opname van noot 6 achterwege, *HHR*]. Ook Alauzet citeert dit fragment van Renaud, hij concludeert echter dat in de 16^e eeuw in Frankrijk de regel van Loysel deel uitmaakt van het gemene recht. Alauzet 1849, p. 113: 'On ne peut nier toutefois que la règle enseignée par Loysel ne formât des le XVI^e siècle, le droit commun.'

⁵⁸⁹ Bort 1731, p. 387.

Borts *Tractaet* bewijst dat men in het Rooms-Hollandse recht het *mandament van complainte* gebruikte ter bescherming van het bezit van roerende zaken.⁵⁹⁰ De eerste twee paragrafen tonen verder dat die bescherming zich uitstrekt tot het bezit van onroerende zaken en alsmede dat van quasi-bezit van lichamelijke zaken en onlichamelijke rechten. De erkenning van dit quasi-bezit bewerkstelligde dat het mandament in de dagen van de Republiek een zeer ruim toepassingsgebied had en het werd dan ook veelvuldig gebruikt. Als quasi-bezit achtte men beschermenswaardig persoonlijke rechten, publiekrechtelijke bevoegdheden in de handel en zelfs rechten die voortvloeiden uit familierechtelijke verhoudingen!⁵⁹¹ De Blécourt geeft de volgende voorbeelden:

Zo is er wel eens een complainte ingesteld door een ambachtsheer over het recht om, zonder voordracht van de bestuurders ter plaatse (schepenen, ambachtsbewaarders of hoe ook geheten), in een vacature te voorzien of om zonder zodanige voordracht de secretaris in het ambacht te benoemen. Of een complainte van een hoogheemraadschap tegen een stad, om gehandhaafd te worden in het rustig bezit van jaar en dag van het recht om, met uitsluiting van ieder ander, keuren te maken betreffende waterlossing en waterkering. Ook is er in de 18^e eeuw geprocedeerd tussen een moeder en voogden over het bezit van de opvoeding van een kind. Van Bijniershoek klaagde dan ook, dat in zijn tijd de bezitsacties misbruikt werden.⁵⁹²

Uit deze voorbeelden kan men afleiden dat het mandament in het Rooms-Hollandse recht een bezitsbegrip hanteert dat nog steeds duidelijke elementen bevat uit het *gewere*-recht. Dit komt vooral tot uiting door het stellen van de eis van annaal bezit: alleen bezit dat tenminste jaar en dag is gehouden werd beschermd.⁵⁹³ Annaal bezit werd vaak geëist voor de toekenning van de zogeheten ‘rechte gewere’.

Wielant bespreekt deze ‘Saisine van Jare ende dage’ in zijn behandeling van het *mandament van complainte* in het kader van het onderscheid tussen *possessio* en *saisine*. Hij bekritiseert schrijvers die leren dat *possessio* en *saisine* gelijke begrippen zijn. Hij merkt op dat het Franse gewoonterecht wél onder-

⁵⁹⁰ Zie hierover ook De Jonge 1857, p. 40-41 (§ 9) en Fockema Andreae 1906 (I), p. 218. Overigens zou volgens De Blécourt/Fischer 1967 (p. 135, noot 5) in de praktijk de complainte alleen voor onroerende zaken worden ingesteld. Het lijkt voor de hand te liggen om de oorzaak hiervan te zoeken in de vaak relatief hogere waarde van onroerend goed: omdat de waarde van roerende goederen veelal lager ligt, zal de bereidheid om daarover processen te voeren ook lager zijn geweest. Vgl. Renaud 1845 (I), geciteerd in noot 588.

⁵⁹¹ De Blécourt/Fischer 1967, p. 137 (nr. 90).

⁵⁹² De Blécourt/Fischer 1967, p. 137 (nr. 90). Zie ook de opsomming bij De Jonge 1857, p. 38 e.v. (§9).

⁵⁹³ De Blécourt/Fischer 1967, p. 135 (nr. 89); Middelberg 1953, p. 69; Grotius II, p. 105.

scheidt tussen de begrippen en noemt drie gevallen waarin possessie bestaat zonder *saisine*.⁵⁹⁴

§ 13. Die voorscr. practifzenen seggen / al eeft dat naer Rechte / possellie ende faifine niet en schijnen te hebben merckelije gefchil / nachtās de costume vā Vranc-rijcke maeckt daer inne differentie / want possellie happée en maect geen faifine / loe en doet oock possellie van min dan Jare ende dage / Noch oock possellie by fortfe oft by gedooge.⁵⁹⁵

Geen *saisine*, maar wel possessie bestaat bij wat Wielant *possessie happée* noemt, bij possessie van minder dan jaar en dag en bij op gewelddadige of ter bedede wijze verkegen possessie.⁵⁹⁶ Het verschil tussen possessie en *saisine* is vanzelfsprekend van belang voor de toegang tot de complainte: in gevallen waarin weliswaar sprake is van possessie, maar niet van *saisine*, kan de ‘possessor’ geen beroep doen op de complainte. Dit doet zich met name voor wanneer *saisine* niet vrijwillig is overgedragen.⁵⁹⁷ In het volgende fragment beschrijft Wielant deze uitsluiting. Hij gebruikt voor de uitsluiting echter – ietwat verwarrend – het woord ‘possesseurs’, terwijl het probleem nu juist niet ligt in het ontbreken van feitelijke possessie, maar in het ontbreken van *saisine*.⁵⁹⁸

⁵⁹⁴ Het kan ook andersom: *saisine* zonder possessie. Dit deed zich met name voor in het erfrecht, waar possessie niet werd vereist voor *saisine*, omdat *saisine* deels recht (iuris) is: *le mort saisit le vif*.

⁵⁹⁵ Wielant 1573, I, Cap. viii, p. 39. Wielant omschrijft het begrip ‘possessie happée’ niet nader, maar vermoedelijk bestaat er een verband met het uit de XIIe eeuw stammende woord *happer* dat een harde en snelle inbezitstelling aanduidt. Zie Lévy en Castaldo 2002, p. 520 (§ 361): ‘en huit ou quinze jours on peut «*happer*» une saisine en faisant un acte d’exploitation (un «*exploit*»). Cette possession est parfois appelée «*possession happée*», «*simple saisine*», «*possession et non saisine*», etc. Son effet est limité: elle donne la préférence contre quiconque ne posséderait même pas au sens de cette possession, mais non à l’encontre d’une personne qui aurait la saisine d’an et jour.’ Zie over het verschil tussen possessie en *saisine* in het Franse gewoonterecht ook *Le Grand Coutumier de France* [ed. Laboulaye/Daresté 1868], Chapitre XIX (*des cas de nouvelleté*) p. 231: ‘Ils sont trois espèces de possessions suffisant à saisine; c’est assavoir: possession acquise par occupation, possession acquise par succession, possession acquise par tradition de fait.’

⁵⁹⁶ Zie over deze uiteenzetting Monballyu 1997, p. 301 en Van Rhee 1997, p. 229. Zie over de bron verder Monballyu 1997, p. 303-304, die waarschuwt om de grootst mogelijke voorzichtigheid te betrachten bij het schetsen van de bezitsvorderingen in het oud-Nederlandse recht met gebruik van de Wielant-editie van 1573.

⁵⁹⁷ Zie hierboven, p. 114.

⁵⁹⁸ Ondanks dat Wielant onderscheid maakte tussen possessie en *saisine*, gebruikte hij de begrippen – net als andere schrijvers – toch vaak als synoniemen. Zie voorbeelden bij Van Rhee 1997, p. 229, noot 27.

§ 18. Men gheeft geen complaincte den genen die bedectelijck ende clandestinelick possideren/ soe en doet men oock den genen die by fortse ende violentie occuperen / want sulcke voor geen possesseurs gehouden en zijn.⁵⁹⁹

Op grond van de historische achtergrond van het *mandament van complainte* en het erin gehanteerde bezitsbegrip zou men verwachten dat haar bescherming zich ook zou uitstrekken tot personen die in het Romeinse recht gelden als bloothouders, maar die in het *gewere*-recht *saisine* hadden.⁶⁰⁰ De verschillende Instructies voor het Hof en de Hoge Raad van Holland over de complainte bevatten aanknopingspunten voor dit vermoeden.⁶⁰¹ Maar een duidelijk voorbeeld vinden we bij Bort, die in zijn *Tractaet* het mandament toekent aan een huurder die door de eigenaar van het gehuurde object of door een derde gestoord wordt:

§ 12 Een eygenaer kan geduurende de huyre geen Complaincte lichten tegen sijn huyrder, maer wel een huyrder tegens sijn Eygenaer, als denselven hem feytelijck turbeert, en als een huyrder by een derde wert geperturbeert, kunnen den eygenaer en den huyrder t' samen Complaincte lichten, *ofte den huyrder ofte oock den eygenaer alleen* [cursivering, HHR], *quo sua ipsius maxime interest, ut suus villicus conductum agrum pacifice possideat*, Damhoud. d. cap. 40. num. 4. 5. 6. & 7. add. Postium. de manutenendo observat. 52. num. 17.⁶⁰²

Bort onderbouwt zijn uiteenzetting met een beroep op hoofdstuk 40, paragrafen 4 tot en met 7 van *Praxis rerum civilium* van Joos de Damhouder (1507-1581).⁶⁰³ Deze grondt de bevoegdheid van de huurder om de complainte mede

⁵⁹⁹ Wielant 1573, I, Cap. xi, p. 44 definieert in § 10 en 11 twee vormen van possessie: § 10. Possesseur naturel / is die gene die t'ghebruyck heeft vanden vruchten te wat tijtle dattet zy. § 11. Ende de possesseur ciuil/is de gene die proprietaris is vanden gronde.

⁶⁰⁰ Dit punt hield ook Middelberg bezig, maar hij beziet hem vanuit de Romeinsrechtelijke tegenstelling natuurlijk bezit ⇔ burgerlijk bezit: 'Was de praktijk in die dagen zo, dat men ook niet-burgerlijke bezitters beschermde met een bezitsactie?' Middelberg 1953, p. 74. Wielant hanteert een andere omschrijving, zie hierboven noot 599.

⁶⁰¹ Zie hierover Fockema Andreae 1906, p. 215 e.v.

⁶⁰² Bort 1731, p. 389.

⁶⁰³ Inhoudelijk is dit werk overigens een bijna woordelijke Latijnse vertaling van Wielants eerder verschenen *Practijcke Civile*: zie p. VI van de inleiding op Wielant 1573 door Gentse hoogleraar Strubbe. Deze schrikt deze er niet voor terug om de *Praxis rerum civilium* als plagiaat aan te merken (p. X). De *Praxis* is later in een Nederduitse vertaling verschenen als *Practijcke in Civile Saecken*. Wie Damhouders uiteenzetting van de complainte vergelijkt met die van Wielant (I, Cap. xi, § 7 t/m 10), zal inderdaad veel overeenkomsten aantreffen, zij het dat De Damhouder verder gaat door te werken met Romeinsrechtelijke begrippen en te verwijzen naar glossen en interdicten. Coninck Liefsting 1869, p. 266 merkt op dat De Damhouder, door de huurder aan te merken als *possessor naturalis*, tevergeefs tracht de leer van de complainte in overeenstemming te brengen met het Romeinse recht.

te lichten op zijn status als natuurlijk bezitter, *naturel possesseur*.⁶⁰⁴ In de Nederduitse vertaling lezen we:

§ 6 Doch indien yemandt anders/ die gheen Eygenaer van't Landt en was/ den Leen-houder ofte Huyfman turbeerde in sijn pacht ofte huyr / soo soude in dien ghevalle den Eyghenaer ende Huyrman beyde te ghelijck / ofte de Eyghenaer selds alleen / complaincte mogen intenteren tegen den Perturbateur/ namentlijck den Huyrman om dat hy naturel Possesseur is/ ende den Eyghenaer om dat hy civil Possesseur is. Jae dat meer is/den Eyghenaer alleen sonder sijn Huyrman mach sulcken complaincte lichten teghen den Perturbateur/ om datter hem meest aan gelegen is/ dat sijn Huyrman 't gehuyrde Landt vreedelijck besit. Want soo den Huyrman uyt sijne possessie gheexturbeert werde / soo soude den Eyghenaer oock van sijne eyghenschap versteecken werden/ende den Huyrman soude dan met feer goet recht tegen sijn Land-heer van schade ende interest mogen procederen.

§ 7 Naturelle Possesseurs zijn alle die ghenen tot welckers genut de vruchten komen / als Vlufructuarius, censuarius, colonus, villicus, inquilinus, feudatarius, emphiteuta, ende dierghelijcke Huyrlieden/ ofte met sulcken anderen tijtel als ghy haer wilt noemen/ die om datse getelt zijn om de vruchten te ontfangen/ naturelle possessours genoemt werden.⁶⁰⁵

Deze paragrafen bieden een fraai voorbeeld van de receptie: het binnendringen van het 'geleerde recht' in het gewoonterecht. Paragraaf 6 vermeldt een persoonlijke actie die de huurder bij storing door derden zou hebben tegen zijn verhuurder. Die zienswijze is Romeinsrechtelijk: de huurder heeft recht op huurgenot, niet op het verhuurde object.⁶⁰⁶ In paragraaf 7 probeert De Damhouder met behulp van het Romeinse bezitsrecht het nutsbegrip te duiden dat ten grondslag ligt aan het bezitsbegrip van het *gewere*-recht.⁶⁰⁷

⁶⁰⁴ Opmerkenswaardig is overigens dat zowel De Damhouder als Wielant in afwijking van Bort de huurder geen zelfstandige bevoegdheid toekennen voor het lichten van de complainte: hij dient dit samen met de eigenaar te doen.

⁶⁰⁵ De Damhouder 1626, p. 81. Vgl. Wielant 1573, I, Cap. xi, p. 44, § 10 en § 11, geciteerd in noot 599.

⁶⁰⁶ Zie de bespreking van de verschillen tussen het Romeinse en inheemse recht hierboven op p. 122 e.v.

⁶⁰⁷ De nadruk op het Romeinse bezitsbegrip vinden we ook terug in De Damhouders inleiding op de complainte: terwijl Wielant leert dat de grondslag van de actie saisine is, plaatst De Damhouder zowel de saisine als de complainte in het bredere kader van de possessie. Vgl. De Damhouder 1626, Cap. XXXIII, § 1, p. 69: '*Int recht van possessie ghebruycken de Practisijnen twee woorden die in Rechten onbekent/ maer alleen inde practijck ghebruyckelijck zijn / welck zijn Novitas ende Saifina, die by naer 't zelve beduyden ende importeren/adere als dat Saifine een gheoorlofde possessie is / ende nieuwicheydt een ongheoorlofde saifine / ende die de gheoorlofde saifine turbeert.*' Vergelijk Cap. XXXV (p. 73): '*§ 1 De Practisijnen van Parijs stellen een onderschyt tusschen Possessie ende Saisine / ende segghen dat saifine voort-komt ende sijn oorspronck neemt uyt possessie / ende dat saifine niet anders en is / als een seecker/ ofte*

In het Rooms-Hollandse recht treffen we twee tegenstrijdige opvattingen aan omtrent de mogelijkheid van een huurder te bezitten. Bort vertegenwoordigt de ene richting: hij erkent, in overeenstemming met het inheemse recht en in navolging van De Damhouder, de huurder als bezitter. Bort acht het mogelijk dat een huurder zelfstandig het *mandament van complainte* kan lichten.⁶⁰⁸ Hugo de Groot vertegenwoordigt de andere richting: in navolging van het Romeinse recht ontkent hij ten stelligste dat een huurder kan bezitten.⁶⁰⁹ Doordat de huurder bezit ontbeert, kan hij ook geen aanspraak maken op bescherming, zo maak ik op uit § 6 van De Groots bespreking van bezit.⁶¹⁰ Het is duidelijk dat men deze opvatting kan handhaven voor de Romeinse bezitsacties, maar dat zij zich slecht verdraagt met het *mandament van complainte*: dat is immers gebaseerd op een ander bezitsbegrip.

Deze bespreking van het *mandament van complainte* wordt afgesloten met een opsomming van zijn overige kenmerken. Men kon het mandament lichten niet alleen bij al dan niet gewelddadige ontneming van het goed in kwestie, maar ook bij stoornis in het gebruik ervan.⁶¹¹ Het was de gedaagde toegestaan om zich tegen de vordering te verweren met een beroep op het gebrek aan bezit van de eiser. Op dit punt verschilt het *mandament van complainte* dus van het manda-

apparentelijck seecker vertrouwen ende bewijs van possesse/foe datmen geen faifine mach noemen/ ten zy daer blijkt van de possesse die de faifine de naem geeft. § 2 Maer faifine en is gheen oorspronck van possesse/ noch en gheeft gheen possesse/ maer ter contrarie/ al waer men meent dat possesse is / daer werdt oock gheseyt faifine te wesen. De neiging om *saisine* gelijk te stellen aan *possessio*, een neiging die we zelfs al bij Wielant aantreffen (zie mijn noot 598, vgl. noot 509), heeft niet bijgedragen aan een goed begrip van de *saisine*, en evenmin dat van het rechtsmiddel *complainte*.

⁶⁰⁸ Coninck Liefsting 1869, p. 266-267 sluit zich aan bij deze zienswijze: 'Doch op de gronden komt het hier niet aan; wij hebben alleen na te gaan, wat als recht erkend werd, en daaromtrent was geen twijfel: de huurder kon *complainte* lichten, omdat hij bezit had. Was hij van dit bezit ontzet, dan kon hij er volgens oud-Hollandsch recht in hersteld worden.'

⁶⁰⁹ Zie hierboven, p. 138. Vgl. C. 7,30,1.

⁶¹⁰ Zie voor een vergelijking van de opvattingen van De Groot, Huber en Voet ten aanzien van de bezitsdefinities Grotius II, p. 99. Op p. 99-100 concludeert Fockema Andreae/Van Apeldoorn: 'Het is duidelijk dat deze romanistische beschouwingen er niet toe bijgedragen hebben een klare bezitsleer te vestigen. De eenvoudige Germaansrechtelijke beschouwing dat de weer heeft, wie vruchten trekt uit de zaak, is door de romanistisch gevormde juristen vervangen door troebele voorstellingen. De omschrijving, door Voet gegeven van het bezit, sluit zich het dichtst aan bij de Germaanse opvatting. Maar ook Voet vertroebelt zijn voorstelling weer door de onderscheiding van *civilis* en *naturalis possessio*. Wanneer de Groot voor bezit eist de *animus sibi habendi*, dan denkt hij aan het door het recht erkende en beschermde bezit (§ 6). Volgens hem worden dus alleen beschermd zij, die bezitten met de wil om de zaak voor zich te behouden. Zo ook art. 195 van de Instructie van de Hoge Raad.'

⁶¹¹ Zie bijv. De Blécourt/Fischer 1967, p. 135 (nr. 89); Middelberg 1953, p. 69; Coninck Liefsting 1869, p. 247.

ment van *spolie*. De verklaring voor het toelaten van deze exceptie ligt voor de hand: het *gewere*-recht kende voor derivatieve verkrijging van de *saisine* alleen de vrijwillige overgave, iedere andere verkrijging was onrechtmatig. Afgezien van het feit dat de Romeinsrechtelijke exceptie van vitieus bezit eigenrichting mogelijk maakte, sloot zij dus goed bij aan bij het *gewere*-recht.⁶¹² Werd geen verweer ingesteld of faalde dit, dan werd teruggave aan eiser gelast of een verbod op verdere storting gegeven.⁶¹³ Het mandament kon niet alleen gelicht worden tegen degene die de bezitter stoorde of ontzette, maar ook tegen elke derde die minder recht op het bezit had dan de oorspronkelijke bezitter.⁶¹⁴

⁶¹² Coninck Liefsting 1869, p. 250-251, meent ten onrechte – op grond van een onjuiste lezing van Pothiers *Traité de la possession* – dat Pothier in de *complainte* het vereiste van bezit van jaar en dag voor overbodig houdt en met behulp van de Romeinse clause *si nec vi nec clam nec precario ab altero possideat* wil ‘wegcijferen en oplossen in het Romeinse recht’. Coninck Liefsting baseert zich daarbij op *Traité*, ch. 6 § 3, no. 96, waarin Pothier o.a. D. 43,17,1,9 aanhaalt: een fragment waarin Ulpianus de clause verklaart. Pothier legt vervolgens het volgende verband met de oude costume van Orléans: ‘C’est ce que prétendoit notre ancienne coutume d’Orléans, par ces termes: «on acquiert possession en jouissant par an et jour, *nec vi nec clam nec precario ab adversario* (cursivering, Pothier)»; lesquels termes n’ont été retranchés lors de la réformation, que comme superflus, et devant être suffisamment sous-entendus.’ Volgens Coninck Liefsting slaat de schrapping op het bezit van jaar en dag: ‘POTHIER houdt daarom dat vereiste van annaal bezit in de oude costumen voor overbodig, omdat het uit de aard der zaak, dat is volgens hem, uit het geschreven Romeinse recht voortvloeide. (...) Het gehele vereiste van annaal bezit, dat wij als overblijfsel van het Germaanse recht hebben leren kennen, is op die manier weggecijferd en opgelost in het Romeinse recht.’ Dit is echter niet het geval: Pothier beschrijft alleen maar de overbodigheid van de door hem gecursiveerde clause. Dat wordt buiten twijfel gesteld door zijn aantekening op de costume zelf, aangehaald in titel XXII, *Des Cas possessoires* van een ander werk: *Coûtures des Duché, billiage et prévôté d’Orléans* (Paris, 1780), p. 847. In de hervormde costume luidt art. CCCCLXX: On acquiert possession d’héritage, droit corporel (1) ou incorporel (2), en jouissant par an & jour (3). Aantekening 3 luidt: L’ancienne Coutume, art. 369, ajoutoit, *nec vi, nec clam, nec precario ab adversario*. Ces termes ont été retranchés comme superflus, & n’exprimant que ce qui est de droit commun. L. I, ff. *uti possid.* Zie ook p. 845 (§ III), nr. 50 en Pothier 1821, p. 130. Ik zal in het derde hoofdstuk juist uiteenzetten dat Pothier voor o.a. de *complainte* de eis van het bezit van jaar en dag handhaaft en dat de eis vervolgens ook voor *alle* bezitsacties is opgenomen in art. 23 van de *Code de la procédure civile*. Een correcte weergave van de eis van annaal bezit bij de *complainte* vinden we bij Asser/Scholten 1933, p. 72: ‘Vereiste is altijd annaal bezit, d.w.z. rustig bezit gedurende jaar en dag; onder invloed van de juristen wordt later een enkele maal gezegd, dat dit bezit moet zijn *nec vi, nec clam, nec precario* (zie de coutumes aangehaald bij CONINCK LIEFSTING, 222); feitelijk is dit bij de leer van annaal bezit of overbodig of onjuist.’

⁶¹³ Middelberg 1953, p. 69, Grotius II, p. 105.

⁶¹⁴ Coninck Liefsting 1863, p. 247.

2.4 Het *mandament van maintenue*

Wielant omschrijft het *mandament van maintenue* als volgt:

§ 1 Maintenue is een provisie van Justicie die de Prince gheeft den genen die inde possessie zijn/ ende vreesen daer vuyt verstecken te werden.

§ 2 Ende is geheeten maintenue om dat men den possesseur mainteneert in zijn possessie om daer inne te blijven tot hy by Rechte daer vuyt verstecken wordt.⁶¹⁵

Tegenwoordig zouden we het *mandament van maintenue* een kort geding noemen dat dient om de bezitter in zijn bezit te handhaven door een bezitsstroomis te beëindigen of de vrees daarvoor weg te nemen. Na afloop kon men nog verder procederen, hetzij met een bodemprocedure over het bezit, hetzij met een nieuw geding over de eigendom.⁶¹⁶

Over de herkomst van het *mandament* en het daarin gehanteerde bezitsbegrip circuleert een drietal theorieën.⁶¹⁷ De eerste theorie beschouwt Frankrijk als de bakermat van het *mandament* en meent dat zij op het *saisine*-bezitsbegrip is gebaseerd. De tweede theorie meent dat zij in de Nederlanden ontstond als afsplitsing van het *mandament van complainte*. Beide *mandamenten* zouden dan op het *saisine*-rechtelijke bezitsbegrip zijn gebaseerd. De derde theorie verklaart het ontstaan van het *mandament van maintenue* uit het geleerde recht: in de Italiaanse universiteiten zou men het geding hebben geschapen op basis van het Romeinse bezitsinterdict *uti possidetis*. Men zou er dan ook geen *saisine*-rechtelijk, maar een Romeinsrechtelijk bezitsbegrip in aantreffen.

De eerste theorie merkt het *mandament van maintenue* aan als een Franse praktijk. Als bron wordt vaak de volgende paragraaf van Wielant aangehaald.

§ 4 Dese practijcke coemt oock vuyt Vranckerijck / en wordt meest geueft in materie beneficiale tusschen geestelijke perfoonen.⁶¹⁸

Van Rhee wijst er in zijn proefschrift echter op dat deze mededeling onverenigbaar lijkt met een eerdere uiteenzetting van dezelfde schrijver. Daarin vermeldt Wielant dat men in Vlaanderen ten aanzien van onroerende zaken drie

⁶¹⁵ Wielant 1573, I, cap. xii, p. 45.

⁶¹⁶ De Jonge 1857, p. 90-93 (§ 1 - § 4) geeft een gedetailleerde beschrijving van de fasen in het *maintenue*-proces voor het Hof en de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland.

⁶¹⁷ Vgl. Hallebeek 1998, p. 197-199.

⁶¹⁸ Wielant 1573, I, cap. xii, p. 45. Zie ook § 6 en De Damhouder 1626, Cap. XXXIII, § 5, p. 70 en Cap. XLI, §§ 4 en 5, p. 84.

bezitsacties kent, terwijl men er in Frankrijk slechts twee kent. Bij de Franse acties maakt Wielant geen melding van de *maintenue*.

§ 2 Ende actien reelen van onroerende dingen ende oock van oncorporele/worden ingestelt in twee manieren/ te weten petitoirlijck ende possessorlijck. (...)

§ 4 Possessorlijck voerden prince oft zijnē raedt/bij drie manieren te weten by simple faifine by nyeuwichede ende complaincte ofte by *maintenue*.

§ 5 In Vrankerijcke en uferen zy maer van twee manieren/ te weten / by simple faifine om possessie te vercrijgen ende complaincte om possessie te recouueren ende te behouden.⁶¹⁹

Om deze en andere redenen concludeerde Van Rhee dat de *maintenue* niet voorkwam in Frankrijk.⁶²⁰ Die conclusie is bestreden door Hallebeek.⁶²¹ Hallebeek wijst er op dat de wereldlijke rechtbanken in Frankrijk een praktijk hadden ontwikkeld die inhoudelijk, met name op het punt van de bescherming van het bezit van geestelijke beneficiën met de *maintenue* overeenkwam, maar die nog geen specifieke benaming had gekregen.⁶²² Hij beschouwt deze procedure als de oerversie van de *maintenue*. Zij zou niet gebaseerd zijn op het Romeinse recht, maar op het Franse gewoonterecht.⁶²³ Hallebeeks theorie verdraagt zich goed met Wielants opmerking dat de *maintenue* uit Frankrijk komt.⁶²⁴ Verder verdient opmerking dat Wielants opmerking niet op zichzelf staat, maar dat de schrijver ook op andere plaatsen wijst op de Franse herkomst van de *maintenue*.⁶²⁵ Zo zagen we in de vorige subparagraaf dat Wielant de praktijk van

⁶¹⁹ Wielant 1573, I, Cap. vi, p. 35-36.

⁶²⁰ Van Rhee 1997, p. 227. In zijn noot 15 wijst hij op de verschillende studies over het Parlement van Parijs die geen melding maken van de *maintenue*. Ook acht hij (noot 14) de suggestie onjuist van Dolezalek, *Zivilprozessrecht*, 98, dat de *maintenue* in de vroege middeleeuwen ontstond aan het Frankische koninklijke hof.

⁶²¹ Inmiddels heeft Van Rhee zich laten overtuigen van Hallebeeks gelijk, zie Van Rhee 2003, p. 156: 'It seems likely, however, that Hallebeek is correct when he states that *maintenue* originated in France.'

⁶²² Hallebeek 1998, p. 202. Zie over de achtergrond van wereldlijke bescherming van het bezit van kerkelijke goederen, de zogeheten *recursus ad principem*, verder de uitgebreide bespreking van Wauters 2005, p. 214; zie voor de *maintenue* p. 257 e.v. Zie ook Hallebeek 1996, p. 64 e.v.

⁶²³ Hallebeek 1998, p. 203; zie ook p. 213 en Hallebeek 2009, p. 107. In dezelfde zin Wauters 2005, p. 265 e.v.

⁶²⁴ Ook De Damhouder ziet de herkomst van de *maintenue* gelegen in Frankrijk, zie bijv. De Damhouder 1626, Cap. XXXIII §§ 5, 6 en 7, p. 70 en Cap. XLI §§ 5 en 6, p. 84. Zie over de verhouding tussen De Damhouders *Practycke Civile* en Wielants *Practijcke Civile* overigens mijn noot 603.

⁶²⁵ Zie behalve het hiernavolgende citaat ook Wielant 1573, I, cap. xii § 6, p. 45.

Nieuwichede uit Frankrijk afkomstig acht.⁶²⁶ De *maintenue* maakt volgens Wielant deel uit van *Nieuwichede*.

§ 16. Nieuwichede wordt ghepractiqueert in dry manieren / te weten by simple faifine om poffeffie te vercrijgen / by complaincte om poffeffie te Recouvreren / ende by maintenue om poffeffie te houden.⁶²⁷

Hiermee zou het bezitsbegrip van de *maintenue* de Franse *saisine* zijn: die vormt volgens Wielant immers het fundament van de *Nieuwichede*-praktijk.⁶²⁸

Een tweede theorie leert dat het *mandament van maintenue* in de Lage landen ontstaan is, vanuit het *mandament van complainte*.⁶²⁹ Deze theorie is reeds daarom onaannemelijk omdat onze oudere bronnen Frankrijk aanwijzen als land van herkomst.⁶³⁰ Overigens levert zij ons geen nieuwe inzichten voor wat betreft het in de *maintenue* gehanteerde bezitsbegrip: indien het rechtsmiddel zou zijn afgeleid uit de *complainte*, dan zou het eveneens op de *saisine* zijn gebaseerd.⁶³¹

De derde verklaring ziet de oorsprong van het *mandament van maintenue* gelegen in het geleerde recht.⁶³² De Damhouder, die, zoals ik hierboven al

⁶²⁶ Zie hierboven het citaat bij noot 570.

⁶²⁷ Wielant 1573, I, Cap. viii, p. 39.

⁶²⁸ Zie hierboven het citaat bij noot 570. De hantering van dit bezitsbegrip verklaart ook volledig het door Monballyu 1994, p. 17 opgemerkte gegeven dat de Raad van Vlaanderen het begrip possessie ruim opvatte, door ondermeer *complainte* of *maintenue* te verlenen aan een pachter die op één of andere manier in zijn pachtrecht was geschon- den (RAG, Raad van Vlaanderen, inv. 8312/112 (27 augustus 1568)).

⁶²⁹ Hallebeek 1998, p. 198-199. Als vertegenwoordigers van deze zienswijze merkt hij aan: Van Rompaey 1973 en Price 1947. Opmerking verdient dat Van Rompaey zich met de nodige behoedzaamheid uitdrukt: 'Hoger werd er reeds op gewezen dat de vordering tot *maintenue* vóór het ontstaan van de Grote Raad niet voorkwam in de praktijk van de hofraad, maar dat men bij het begin van de XV^e eeuw wel *complaintes* kende voor beneficiën. Dit kan erop wijzen dat de vordering tot *maintenue* in de Nederlanden pas in de loop van de XV^e eeuw uit de *complainte* ontstond, maar deze ontwikkeling is in het kader van dit onderwerp bij gebrek aan voldoende gegevens niet met zekerheid aan te tonen.' Van Rompaey 1973, p. 298.

⁶³⁰ In dezelfde zin: Hallebeek 1998, p. 199. Hallebeek brengt de *maintenue* verder in verband met de in 1429 door de paus uitgevaardigde bul *Apostelica sedis*. Daarin verzekert de paus koning Charles VII van Frankrijk dat hij niet wil afwijken van diens bestaande rechten en jurisdictie. Hallebeek meent (p. 203) dat het dit document is dat de vroegmoderne schrijvers bespreken in het kader van de *maintenue* en dat zij dit document beschouwen als een pauselijke erkenning van deze remedie. Dit wijst volgens hem op een oorsprong in Frankrijk. Zie ook: Wauters 2005, p. 244 (m.n. noot 70).

⁶³¹ Van Rhee 2003, p. 156-157, verdedigt de zienswijze dat de *maintenue* voortkomt uit de *complainte*. Behoedzamer tonen zich Monballyu 1994, p. 15 en Van Rompaey 1973, p. 297 e.v.

⁶³² Vgl. Hallebeek 1998, p. 197 e.v.

uiteenzette sterk onder invloed staat van het Romeinse recht,⁶³³ legt in zijn behandeling van de *maintenue* een verband met het Romeinsrechtelijke *interdict uti possidetis*.

§ 1 Naer dat wy feeckere wynich dinghen van complaincte (of gehlijck 't de Rechtsgheleerde noemen / Interdictum unde vi) die den Possesseur in sijne possessie gheturbeert zijnde / restitueert/ aenghewefen hebben/moet naer behoorlijcke ordere volgen van maintenue (in de Rechten Interdictum uti possidetis genaemt) die den vredigen Possesseur in zijn vredige possessie beschermt.⁶³⁴

In dit fragment verbindt De Damhouder de *complainte* ten onrechte met het *interdictum unde vi*. Maar is ook het verband dat hij legt tussen de *maintenue* en het *interdictum uti possidetis* onterecht? Dat verband treft men eveneens aan in oudere bezitsliteratuur, onder andere bij Fockema Andreae:

Nog op eene bron van eene bezitsactie, die hier en daar in Nederland voorkomt, dient met een woord gewezen, n.l. op het zogenaamde summarissimum, waaruit de *maintenue* groeide. In het middeleeuws Italiaans proces en onder de invloed der Italiaanse juristenschool had zich n.l. een voorlopige phase van het *Uti possidetis* ontwikkeld, waarin na een summier onderzoek de zaak aan een der partijen gedurende het proces werd toegewezen. Dit tussengeding om voorlopige toewijzing van het bezit vond ook tot andere processen toegang, en – dit is voor ons van belang – kwam ook voor als afzonderlijke, zelfstandige actie wegens stoornis in het bezit.⁶³⁵

Dit is een wezenlijk andere kijk op de oorsprong van de *maintenue*: het rechtsmiddel is niet gebaseerd op *saisine*, maar op een Romeinsrechtelijk bezitsinterdict.⁶³⁶ Helaas vermeldt Fockema Andreae geen bronnen. Zijn verklaring vindt echter enige steun in een proefschrift van De Jonge over de bezitsacties van het Oud-Hollands recht. Hierin wijdt De Jonge een paragraaf aan de ‘oorsprong en ontwikkeling van de *maintenue* in de Italiaanse praktijk’.⁶³⁷

Ik ga kort in op De Jonges beschrijving van deze ontwikkeling. Hij wijst erop dat de Italiaanse glossatoren het Romeinsrechtelijke interdict *uti possidetis*

⁶³³ Zie hierboven noot 603.

⁶³⁴ De Damhouder 1626, Cap. XLI § 1.

⁶³⁵ Fockema Andreae 1906 (I), p. 209-210. In dezelfde zin: Kleyn 1996, p. 819.

⁶³⁶ Vgl. Fockema Andreae/Van Apeldoorn 1939 (II), p. 94: ‘Alleen in het restablisement lag de reden van het voortbestaan der *complainte* (van Germ. oorsprong) naast de (op Romeinschr. leest geschoeide) *maintenue*.’

⁶³⁷ De Jonge 1857, p. 104 e.v. (§ 7). Hij heeft zich daarbij duidelijk laten inspireren door Bruns 1848, p. 232 e.v. (§ 28) en 256 e.v. (§ 32 en 33). Vgl. Masmejan 1990, p. 300 e.v. Zie ook Van Rhee 1997, p. 228, noot 23.

in stand hielden als een rechtsvordering tegen stoornis in het bezit.⁶³⁸ Maar in bepaalde gevallen bracht het interdict geen oplossing, bijvoorbeeld in het geval waarin twee partijen op basis van dit interdict procedeerden en beiden gelijkwaardige bezitshandelingen konden aantonen.⁶³⁹ De meerderheid van de glossatoren achtte dan een andere procedure nodig: de rechter moest in dergelijke gevallen geweld verbieden en partijen doorverwijzen naar het geding over de eigendom.⁶⁴⁰ Canonieke rechtsgeleerden kozen evenwel een andere benadering: in gevallen waarin de eisen van het interdict *uti possidetis* niet voldeden, stelden zij aanvullende eisen. Zo ziet men in de XIIIe eeuw dat er voor deze gevallen nieuwe elementen opgenomen worden: de ouderdom van het bezit, het in staat zijn om een titel aan te tonen⁶⁴¹ en het aantal getuigen waarover men kan

⁶³⁸ De Jonge 1857, p. 106.

⁶³⁹ Vermeldenswaardig in dit verband is zeker het advies van de Middeleeuwse hoogleraar Odofredus († 1265) aan de rechter die zich geconfronteerd zag met een dergelijke situatie: hij moest geen uitspraak doen, maar de partijen naar de duivel verwensen! Zijn *Commentarius ad legem unicam codicis scilicet titulum uti possidetis* 17 bevat het volgende advies: 'Wat willen jullie dan als vonnis in de naam van de Vader, de Zoon en de Heilige Geest? In het vonnis over het bezit doe ik geen uitspraak, maar ik smeeke God dat hij jullie vervloekt, dat hij jullie een slecht levenslot geeft, dat hij jullie laat gaan in de naam van de duivel, omdat jullie vervalsers zijn, want dit kan niet bestaan, dat jullie allebei bezitten, omdat twee personen de zaak niet in zijn geheel kunnen bezitten.' *Vultis vos quod dem sententiam in nomine Patris Fili et Spiriti Sancti? In iudicio possessionis, quod coram me actum est, non pronuntio, sed rogo deum, ut vos maledicat, et det vobis malam fortunam, et eat in nomine diaboli, quia estis falsatores, nam hoc esse non potest, quod ambo possidetis, quia duo in solidum possidere non possunt.* (Odofredus, *Comment. tot. l. Un. C. uti poss. n. 17*). Vgl. Meijers 1966 (IV), p. 11; Coninck Liefsting 1869, p. 334.

⁶⁴⁰ De Jonge 1857, p. 107. Ik merk op dat deze oplossing vooronderstelt dat één van de partijen een eigendomsrecht op de zaak heeft en dat hoeft vanzelfsprekend niet steeds het geval te zijn. Zo zullen met name geestelijken in onderlinge in geschillen vaak hooguit bezit van 'hun' zaken kunnen bewijzen, omdat hen het eigendomsrecht niet toekomt. Tegenwoordig zouden we hen juridisch-technisch aanduiden als houders van de zaak, maar ook deze groep kon gebruikmaken van de door de glossatoren ontwikkelde bewijsvermoedens, zie hierboven, p. 134 e.v. Verder kon het doorverwijzen naar het eigendomsproces ook een mogelijke verandering van forum opleveren vanaf het moment dat men bezitskwesties ging scheiden van eigendomskwesties. Zie ook mijn noot 543.

⁶⁴¹ Dit gegeven is van belang omdat men bij de aanvraag van een maintenue met betrekking tot beneficiën een canoniekrechtelijke titel moest kunnen overleggen, zie bijv. Wielant 1573, I, cap. xiii, § 1. Deze eis werd niet gesteld bij het aanvragen van een maintenue met betrekking tot wereldse zaken. Van Rhee 2003, p. 156 haalt Domat aan, die hiervoor een aannemelijke verklaring geeft: 'According to Jean Domat this resulted from the fact that, unlike ownable secular property, which could be possessed by everyone and which could be possessed by everyone and which could be acquired in many ways, benefices could only be possessed by persons who had the required capacity and who had been furnished with the benefice in the manner prescribed by ecclesiastical law.'

beschikken.⁶⁴² De canonieke rechtsgeleerden gingen er, kortom, toe over om de oorsprong van het bezit te onderzoeken.⁶⁴³ In de dertiende eeuw vindt men voor het eerst bewijs van deze nieuwe wijze van procederen.⁶⁴⁴ Dit nieuwe proces is bekend geworden onder de namen *summarium* of *summariisimum*, in Italië noemt men het *Mandatum de manutenendo*, in Frankrijk *Recredentia* (waarschijnlijk *Récréance*).⁶⁴⁵ Het proces is dus voortgekomen uit het wereldlijk Romeins recht, maar men vindt er de eerste sporen van in het canonieke recht.⁶⁴⁶ De aanhangers van deze zienswijze beschouwen dit proces als de voorloper van het *mandament van maintenue*. De Jonge meent dat het vanwege zijn doeltreffendheid navolging vond in andere landen, waaronder Frankrijk. Daar zou het zich vermengd hebben met de *récréance* van de Franse praktijk, waarna het aldus ontstane *mandament van maintenue* ook bij ons zou zijn geïntroduceerd.⁶⁴⁷ Bij nadere beschouwing lijkt deze theorie onaannemelijk. Al binnen enkele jaren na het verschijnen van de Jonges proefschrift wees Coninck Liefsting diens voorstelling van de *maintenue* resoluut van de hand.

Men schijnt dus het *summarium*, waarover reeds door de oude Italiaanse processualisten gehandeld is, te mogen beschouwen als een overblijfsel van de oude Romeinse praktijk, die in Italië, op onderscheiden plaatsen althans, is blijven bestaan. (...) Gelijk wij reeds opmerkten, deed de grote overeenkomst tussen de uit verschillende bron ontsproten middelen de namen uit het later Italiaans-Romeinse procesrecht op het Oud-Hollandse recht overdragen, en noemden de juristen het restablisement *summariisimum*, en de *recredentie* *summarium*, gelijk ook voorkomt bij Voet, *tit. Ut possidetis*, No. 6. Men moet echter uit deze namen niet afleiden, dat de Hollandse middelen van het *summarium* en *summariisimum* van de Italiaanse school, die ook in Duitsland gevolgd werd, iets hadden ontleend. Onze voorouders hebben er niet bij verloren, dat zij van al de onderscheidingen en eigenschappen en twistvragen over die middelen onder de oude Italiaanse en Duitse schrijvers vrij zijn gebleven.⁶⁴⁸

De theorie die het *mandament van maintenue* verklaart vanuit het *summarium*, verschaft geen duidelijkheid over de vraag waarom het *mandament* volgens

⁶⁴² De Jonge 1857, p. 107. Vergelijk ten aanzien van het *mandament van maintenue* in het Rooms-Friese recht nog Huber 1686 (II), II. Boek, IX. Kapittel, § 5, p. 246: 'Edoch als beyde partijen bewijs van possessie voortbrengen, foo valt d' uytſprake ten voordele des geenens, die de oldſte bezittinge, ende *bruikma* [gebruiksrecht, titel, *HHR*] bewijſen kan.'

⁶⁴³ De Jonge 1857, p. 107.

⁶⁴⁴ De Jonge 1857, p. 108.

⁶⁴⁵ Von Savigny 1865, p. 521 e.v. (§ 51)

⁶⁴⁶ De Jonge 1857, p. 108. Vgl. Bruns 1848, p. 232 (§ 28).

⁶⁴⁷ De Jonge 1857, p. 114.

⁶⁴⁸ Coninck Liefsting 1865, p. 466 (vergelijk ook zijn noot 236 *in fine* op p. 461).

Wielant vooral gebruikt werd bij geestelijke zaken.⁶⁴⁹ De Jonge en Bruns zien het ontstaan en voortbestaan van het *summariisimum* gelegen in twee uitgangspunten: in het voorkomen van geweld, *si ibi est timor armorum*, en in het voorkomen van bezitsstoringen gedurende de rechtsgang, *omnis possessor lite pendente in possessione officio iudicis manuteneri debet*.⁶⁵⁰ Deze twee rechtvaardigingen voor het kort geding lijken niet direct in de richting van de clerus te wijzen: het komt me voor dat met name het gebruik van wapengeweld tussen geestelijken onderling niet erg voor de hand ligt.⁶⁵¹ Evenmin lijkt me het opzettelijk storen in het bezit gedurende een rechtsgang een typisch clericale bezigheid. Maar een gewichtiger argument tegen deze theorie lijkt mij dat zij

⁶⁴⁹ Wielant 1573, I, cap. xii, p. 45, § 4: 'Defse practijcke coemt oock vuyt Vrankerijck / en wordt meeft geufeert in materie beneficiale tusschen geestelijke perfoonen.'

⁶⁵⁰ De Jonge 1857, p. 107 e.v.; Bruns 1848, p. 261 e.v. Men baseerde het eerste uitgangspunt op op D. 7,1,13,3 over een geschil tussen twee vruchtgebruikers: '(...) Waarom immers, zegt Julianus, zou de praetor dulden dat zij tot wapengeweld en vechtpartijen overgaan, als hij hen op grond van zijn rechtsmacht tot een vergelijk kan brengen? Deze zinswijze onderschrijft ook Celsus in het 20^e boek van zijn Digesten; en ik meen dat zij juist is.' *cur enim, inquit Iulianus, ad arma et rixam procedere patitur praetor, quos potest iurisdictione sua componere? quam sententiam Celsus quoque libro vicensimo digestorum probat, et ego puto veram*. In verband met deze tekst valt het op dat Wielant de regel *Ne partes concurrant ad arma* noemt bij het *mandament van complainte* en niet bij die van *maintenue*. Wielant I Cap. ix, § 9, p. 40. Het tweede uitgangspunt, het bepalen van een zekere toestand van partijen, vond men onder andere terug in D. 40,12,7,5, dat ziet op de procesrolverdeling van het vrijheidsproces: '(...) Wanneer daarover onduidelijkheid bestaat, wordt er, om te bereiken dat het proces een regelmatig verloop krijgt, tevoren ten overstaan van degene die van het vrijheidsonderzoek kennis zal nemen gestreden over de vraag of er vanuit de positie van vrijheid over de slavernij moet worden geprocedeerd of omgekeerd. (...) (...) igitur cum de hoc incertum est, ut possit iudicium ordinem accipere, hoc ante apud eum, qui de libertate cogniturus est, disceptatur, utrum ex libertate in servitutem aut contra agitur.

⁶⁵¹ In ieder geval minder dan bij een groep personen die onderling gelijktijdig aanspraak maakt op een erfenis en waarbij gewelddaden tussen hen te verwachten vallen, het wereldlijke voorbeeld van Innocentius dat Bruns beschouwt als het oudste directe spoor voor de voorbereidingen van het *summariisimum*. Bruns 1848, p. 233. Vgl. ook Wauters 2005, p. 263-264: 'In het eerste geval [twee geestelijken betwisten elkaar het bezit van hetzelfde beneficie, *HHR*] was fysiek geweld niet uitgesloten, maar was het waarschijnlijk dat één van de geestelijken kwam opdagen met een canonieke titel die niet voldeed aan alle vereisten die door de seculiere en canonieke rechtspraak en wetgeving werden opgelegd. Eén van de geestelijken kon een buitenlander zijn, of een bastaard, en geen placet hebben ontvangen. Hij kon ook een pauselijke provisie op zak hebben die was uitgeschreven in één van de zogenaamde niet-pauselijke maanden. Hij kon ook en petitoire actie hebben ingesteld terwijl de possessoire procedure nog hangende was. Hij kon een actie hebben ingesteld voor een onbevoegd tribunaal, bijvoorbeeld in Rome, of voor de nuntius. Het was op dat moment dat de wereldlijke rechtbank ingreep: hij onderzocht de canonieke titels van de twee partijen, en deed uitspraak.' Wauters wijst vervolgens op een meer voorstelbaar geval van als 'geweld' te kwalificeren feit: door de kerk genomen tuchtrechtelijke maatregelen tegen een geestelijke, waardoor deze zijn inkomsten kwijtraakte.

onverenigbaar is met Wielants uitspraak dat men bij de *maintenue* het *saisine*-begrip hanteert, dat men nu juist *niet* op de rechtsschool leert.⁶⁵² Hallebeek oppert dat de aanhangers wellicht teveel gewicht hebben gehecht aan het bij het *summarium* gehanteerde begrip *manutenere*, een werkwoord dat, evenals zijn Franse equivalent *maintenir*, echter gebruikt wordt in *alle* bezitsacties.⁶⁵³ Ook impliceert het gegeven dat vroegmoderne schrijvers de inheemse bezitsacties vergeleken met de Romeinse interdicten nog niet dat deze hieruit ontsproten zijn.⁶⁵⁴ Wauters benadrukt dat deze schrijvers graag aansloten bij het Romeinse recht: ‘Voor vroegmoderne auteurs stond het *sexy* om de 15de- en 16de-eeuwse bezitsprocedures te presenteren als de opvolgers van wat zij als de Romeins-rechtelijke bezitsinterdicten beschouwden. *Maintenue* werd bijvoorbeeld door De Damhouder beschouwd als de opvolger van het *interdictum uti possidetis*, terwijl hij *complainte* als de opvolger van *unde vi* beschouwde.’⁶⁵⁵

Op basis van mijn onderzoek van de drie theorieën over de herkomst van het *mandament van maintenue* komt het me voor dat de theorie die zijn oorsprong zoekt in het Franse *saisine*-recht de aannemelijkste is.⁶⁵⁶ Het inzicht dat het erin gehanteerde bezitsbegrip niet Romeinsrechtelijk is, helpt bovendien een andere bepaling over de *maintenue* te ontsluiten. Ik wees al op de canoniek-rechtelijke oorsprong van het rechtsmiddel, vanwege Wielants vierde paragraaf in zijn hoofdstuk over de *maintenue*.⁶⁵⁷ Maar in de vijfde paragraaf geeft Wielant aan dat het middel ook vaak gebruikt wordt door wereldlijke personen en wel *om in het bezit van een zaak te komen*.

§ 5 . Wordt oock dikwils gepractiqueert in andere weerlijcke faken om te comen in poffessie.⁶⁵⁸

Vanuit Romeinsrechtelijk bezitsdenken is deze bepaling totaal onbegrijpelijk: een rechtsmiddel dat dient tot handhaving van een bestaand bezit wordt gebruikt om het bezit van een zaak te verkrijgen! Het *saisine*-recht erkende echter twee wijzen van bezit: feitelijk bezit en bezit zonder possessie, onder andere voort-

⁶⁵² Wielant 1573, I, Cap. viii, § 4, p. 37-38 (hierboven geciteerd bij noot 570).

⁶⁵³ Hallebeek 1998, p. 198, zie ook zijn noot 20.

⁶⁵⁴ Hallebeek 1998, p. 198.

⁶⁵⁵ Wauters 2005, p. 261. Zie ook: Coninck Liefsting 1869, p. 105: ‘Ook elders in Themis van 1863, blz. 478 heb ik de opmerking gemaakt, dat de oude juristen gewoon waren Romeinsche wetten aan te voeren als bewijs voor alle geldige rechtsbeginselen, ook voor die, welke het meest onromeins waren.’ en De Jonge 1857, p. 80 (§ 13).

⁶⁵⁶ Vgl. Asser/Scholten 1933, p. 74: ‘Maar vooreerst is het twijfelachtig, of niet twee daarvan [bezitsacties in het Oud-Hollandse recht, *HHR*] – de *complainte* en de *maintenue* – hoewel in vorm verschillend, in wezen één zijn (...)’.

⁶⁵⁷ Hierboven geciteerd in noot 649.

⁶⁵⁸ Wielant 1573, I, cap. xii, § 5, p. 45.

spruitend uit de rechtsregel dat bezit van rechtswege op de erfgenaam overgaat door de dood van de erflater.⁶⁵⁹ Wielant noemt ze *saisine facti* en *saisine iuris*.⁶⁶⁰

§ 10. Saisine is tweederhande te weten *iuris & facti*, *Iuris* is de gene die de doode den levenden geeft / ende is *iuris* alleenelijck tot dat hy apprehensie ghedaen heeft/ maer apprehensie gedaen hebbende / soe eest *saisine facti*, ende niet eer.⁶⁶¹

Het *gewere*-recht kende als uitgangspunt dat iemand alleen onvrijwillig uit zijn *gewere* gewezen kon worden op grond van een rechterlijke uitspraak, Huber noemde dit de *Defensivwirkung* van de *Gewere*.⁶⁶² De *Sachsenspiegel* verwoordde deze regel in *Ssp.* II, 24, §1.⁶⁶³ Wielant bespreekt deze regel in zijn hoofdstuk over de *maintenue*.

§ 2. Ende is geheeten *maintenue* om dat men den possesseur mainteneert in zijn possessie om daer inne te blijven tot hy *by Rechte* [cursivering, *HHR*] daer vuyt verfteken wordt.⁶⁶⁴

Instemming rechtvaardigde echter altijd het verlies van de *gewere*. En instemming schijnt te zijn aangenomen bij rechtsverwerking: wanneer men zijn rechtsmiddel niet tijdig inzette. Werd iemands *gewere* door een indringer ‘gebroken’ op gebrekkige, maar niet gewelddadige wijze, dan kon de indringer na verloop van een bepaalde termijn – vaak ‘jaar en dag’ een zogeheten ‘rechte’ *gewere*

⁶⁵⁹ Zie hierboven, p. 121. Brissaud 1912, p. 326 e.v. (§ 267) geeft de volgende andere verschijningsvarianten: ‘Seisin under Law, which is independent of any physical taking into possession of an object, of any exercise of a right, only exists in a very exceptionel manner: (a) for the benefit of the possessor unlawfully deprived, and who is considered still being legally seised; (b) for the benefit of the heir from the time of the death of the “de cujus”; (c) for the benefit of the vendee, who has received the seigniorial or judicial investiture in a symbolical manner (delivery by the rod); (d) for the benefit of the man to whom the judgment gives the possession of a piece of land before he has actually entered into possession of it.

⁶⁶⁰ Zie over de twee verschijningsvormen van *saisine*-bezit ook mijn noot 341 *in fine*.

⁶⁶¹ Wielant 1573, I, Cap. viii, p. 38. In de volgende paragraaf maakt Wielant duidelijk dat er verschil bestaat tussen de acties die men uit elk van beide vormen van *saisine* verkrijgt en een koopovereenkomst. Dat verschil is erin gelegen dat de koopovereenkomst slechts een persoonlijke actie oplevert, bij *saisine iuris* of *saisine facti* kan men ageren uit *nieuwghede* (zie hierboven noot 627). Zie over het begrip *saisine de droit* nader Lévy & Castaldo 2002, p. 517 e.v. (§ 360); Brissaud 1935, p. 262-263; Heusler 1872, p. 346 e.v.

⁶⁶² Zie hierboven, p. 96. Vergelijk Grotius (I), II, § 6, hierboven geciteerd bij noot 516.

⁶⁶³ Hierboven geciteerd bij noot 348.

⁶⁶⁴ Wielant 1573, I, cap. xii, p. 45.

krijgen.⁶⁶⁵ Een dergelijke ‘rechte’ *gewere* nam juridisch hoger rang dan de ‘gebroken’ *gewere*: de voormalige bezitter had immers zelf zijn recht verzwakt door het niet in te roepen. Het volgende fragment toont aan dat deze ‘verzwijging’ in het Franse recht beschouwd werd als rechtsverwerking.

§ 9. Seggen voort dat van allen faifinen/ de conditie vanden poſſeſſeur by Jare ende dage / is de beſte/ want al is hy naer rechte de minſte gefondeert/ nochtans eeft dat de partije adverſe geen contrarie faifine en toont de poſſeſſeur annuel blijft in zijn poſſeſſie ende faifine / Want de coſtume van Vranckerijke ſulcke *faifine annuele* approveert ende houdt voor deuchdelijck *propter adminiculum temporis*, ende dat de wederpartije altoos geheel ſtaet ter proprieteyt en petitoir.⁶⁶⁶

De rechtsverwerking behelsde vanzelfsprekend een groot gevaar voor degene die *saisine iuris* hield: stelde een indringer zichzelf in het bezit van de aan de erfgenaam nagelaten zaak, dan kon die indringer na jaar en dag aanspraak maken op *faifine annuele*.⁶⁶⁷ Het was dus zaak om op snel op te treden tegen dergelijke indringers. En welk middel was daartoe beter geëigend dan een soort kort geding zoals de *maintenue*?

In de literatuur is door meerdere schrijvers gewezen op het verval van een bezitsactie die, onder andere, de erfgenaam ter beschikking stond om het bezit van de nalatenschap mee op te vorderen, de zogeheten *simple saisine*.⁶⁶⁸ Wielant geeft de belangrijkste kenmerken van deze *simple saisine* als volgt weer.

§ 1. Simple faifine is een proviſie die de prince geeft den genen die geen poſſeſſie en hebben vander laetſter iaerſchare / maer en ſouden geerne in poſſeſſie comen als *tijtle ende faifine* [cursivering, *HHR*] hebbende.

§ 2. Ende is geheeten ſimple faifine / dat ſe ſoe naeck is/ende *ſonder poſſeſſie* [cursivering, *HHR*] /ende oock dat de proviſie die de prince daer op geeft/niet inne en heeft dan ſimpel bevel/met oppoſitie.⁶⁶⁹

⁶⁶⁵ Vgl. Wielant I, Cap. viii, § 12, p. 39: ‘Ende de occupatie en gheeft gheen faifine voor dat de paifible poſſeſſie veriaert ende verdaecht is.’

⁶⁶⁶ Wielant 1573, I, Cap. viii, p. 38.

⁶⁶⁷ Zie de bespreking van de *Olim*, t. I, p. 230 (Louis IX; 1266) door Alouzet 1849, p. 126: ‘Si l’héritier laissait passer un an et un jour depuis la mort de son auteur sans intenter l’action, son droit était prescrit; cela est constaté dans la première partie de cette enquête même.’ Ik merk op dat men de term *saisine iuris* niet moet verwarren met de term *rechtsbezit*: de door *saisine iuris* door de erfgenaam verkegen vermogensbestanddelen konden bestaan uit bijv. rechtsbezittingen en bezittingen van onroerende zaken.

⁶⁶⁸ Wouters 2005, p. 258 ; Hallebeek 1998, p. 204 (noot 48); Van Rhee 1997, p. 250; Monballyu 1997, p. 302; Van Rompaey 1973, p. 290; De Blécourt/Fischer 1967, p. 134 (nr. 89); Meijers 1933 p. 106-107.

⁶⁶⁹ Vgl. Bort 1731, I, § 31 (p. 377). Zie ook hierboven mijn noot 671.

§ 3. Dese practijcke compt vuyt Vranckerijck / ende seggen de practifien datter zijn twee manierē van faifien/te weten / fimpel faifine ende ydel faifine die zy heeten *faifine vuyde*.

§ 4. Saifine fimple verftreckt heur in twee manieren ‘te weten byder doot van den grondenare / *Car le mort fayfit le vif*, ende by der gebruyckeniffe minder dan van iaer en dach paifivelijck.⁶⁷⁰

Het ligt voor de hand het verval van de *simple saisine* te verklaren met vanuit de opkomst van de *maintenue*, waarmee men, zoals we zagen, eveneens kan bewerkstelligen dat men in het bezit gesteld wordt.⁶⁷¹

Het loont de moeite stil te blijven staan bij het taalgebruik van Wielant in zijn beschrijving van de *simple saisine*, met name bij de eisen van ‘titel en saisine’. Het voorbeeld van de niet-bezittende erfgenaam maakt duidelijk dat men voor het gebruik van deze actie *saisine iuris* moet hebben. *Saisine iuris* vereist immers geen feitelijke possessie omdat zij voortvloeit uit de stelregel dat de dode de levende in het bezit stelt. En degenen die *saisine iuris* hebben voeren als grondslag voor hun verzoek om feitelijke inbezitstelling aan dat zij ‘titel en saisine’ hebben. We stuiten hier op twee kernbegrippen van twee verschillende rechtsstelsels: het Romeinse en het Germaanse.

Ik beschouw de opsomming *titel en saisine* als een tautologie: de begrippen drukken voor wat betreft het bezit hetzelfde denkbeeld uit, namelijk *het recht op feitelijk bezit*.⁶⁷² In het Romeinse recht geeft een *titel*, bijvoorbeeld een koop-

⁶⁷⁰ Wielant 1573, I, Cap. vii, p. 36. Lévy & Castaldo 2002, p. 514 (§ 358) noemen ook deze *simple saisine* in hun vergelijking tussen *saisine* en de Romeinsrechtelijke eigendom: ‘Leur juxtaposition avec les précédents trouble le juriste moderne. Ainsi, la saisine est protégée même lorsqu’elle est séparée du fait matériel de la possession: par exemple, on protégé la saisine purement *virtuelle* d’un héritier qui n’a pas encore pris possession de la succession. De plus, et surtout, la saisine n’est sanctionnée que lorsqu’elle est *légitime*. Pour cela il faut, tout d’abord, qu’elle soit paisible et publique: un droit ne se cache pas. Elle doit être aussi de bonne foi, ce qui est une nouvelle différence avec la possession romaine. Enfin, la saisine doit s’appuyer sur un titre ou, tout au moins, sur un délai prolongé d’exercice régulier qui, dans un monde où les actes écrits sont très rares, fait presumer l’existence d’un titre régulier d’acquisition. Par là, la saisine est très proche de la prescription et de la propriété.’ Zie ook: Kleyn 1986, p. 147, p. 225-226.

⁶⁷¹ Zie over de *simple saisine* en haar teloorgang bijvoorbeeld Brissaud 1912, p. 348.

⁶⁷² Vgl. Gordley & Mattei 1996, p. 293: ‘Both accounts have one premise in common. They equate title or ownership with the right to possess. Because continental jurists think that the mere possessor lacks title, they find the protection the law affords him problematic. Because Anglo-Americans think that the possessor has a title, they often take the protection the law affords him for granted.’ Zie over het gebruik van eigenaardige zegswijzen, waaronder de tautologie, in middeleeuwse rechtsbronnen: De Blécourt/Fischer 1967, p. 29 e.v. (nr. 25).

overeenkomst, een grondslag voor het verkrijgen van een zaak.⁶⁷³ Die grondslag kan men vervolgens in rechte inroepen, zodat men de Romeinsrechtelijke titel zou kunnen omschrijven als ‘een recht om een zaak in bezit te krijgen’. De Germaansrechtelijke *saisine* verschaft een soortgelijk recht, namelijk een relatief ‘recht op een zaak’. Ook dat recht was in rechte afdwingbaar. In Wielants uiteenzetting zijn *titel* en *saisine* dus synoniemen. Van belang is verder dat het recht op de feitelijke inbezitstelling in § 4 niet alleen wordt toegekend aan de erfgenaam die in plaats treedt van de dode, maar ook aan degene die weliswaar geen bezit van jaar en dag kan inroepen, maar een zaak wel enige tijd vredig gebruikt heeft, maar het bezit kennelijk kwijt is geraakt.⁶⁷⁴

Ten aanzien van de verhouding tussen de *maintenue* en de *complainte* leidt mijn onderzoek me ertoe om de in de literatuur aangetroffen mening dat de *maintenue* is voortgekomen uit de *complainte* minder aannemelijk te achten.⁶⁷⁵ Het komt mij voor dat de twee rechtsmiddelen verschillende doelen dienen: de *complainte* beschermt de *saisine facti* en wel de variant van jaar en dag, de *maintenue* beschermt de *saisine facti* van minder dan jaar en dag en de *saisine iuris*. Deze doelen heeft de *maintenue* gemeen met de *simple saisine*.

Op grond van het voorgaande acht ik het aannemelijker dat de *maintenue* zou zijn voortgekomen uit de in onbruik geraakte *simple saisine* dan uit de *complainte*. Hoewel de onstaansgeschiedenis buiten het bestek van mijn onderzoek valt, wil ik daar toch twee kanttekeningen bij plaatsen. Ten eerste verdient opmerking dat de wereldlijke variant van de *maintenue* soms ook wel werd aangeduid als *simple saisine*.⁶⁷⁶ Ten tweede verdient opmerking dat Van Rhee in

⁶⁷³ Zie bijv. Lokin 2012, p. 143 (G39): ‘Tegenwoordig verstaat men onder de titel van de levering het verbintenisscheppende feit dat logisch aan de levering voorafgaat, het feit derhalve waaruit de verbintenis tot levering voortvloeit. Dat kan een overeenkomst zijn, bijvoorbeeld koop en verkoop, ruil, schenking, het kan ook niet-contractueel zijn, bijvoorbeeld legaat, last aan een gift toegevoegd. Dikwijls wordt ook de verbintenis zelf als de titel aangemerkt en wordt onder een geldige titel verstaan de rechtsbetrekking die de overdracht rechtvaardigt.’; Van Hallebeek 2009, p. 103: ‘De reden op grond waarvan aan iemand de feitelijke macht wordt verschaft, wordt *causa* of titel (*titulus*) genoemd.’

⁶⁷⁴ Ik zal hieronder nog nader op de samenhang tussen ‘titel’ en *saisine* te ingaan wanneer ik de stelregel voor roerende zaken bespreek die luidt dat het bezit van een dergelijke zaak geldt als titel, *possession vaut titre*. Van Oven achtte dit voorschrift buitengewoon raadselachtig. Ik zal betogen dat men het voorschrift moet opvatten in de zin van *possession vaut saisine*, oftewel: het enkele, vredige bezit van roerende zaken geeft recht op *saisine* en dientengevolge op een (relatieve) bescherming waarvoor men niet hoeft te voldoen aan de eis van bezit van ‘jaar en dag’.

⁶⁷⁵ Zie hierboven mijn noot 631.

⁶⁷⁶ Monballyu 1994, p. 15 verwijst in zijn noot 64 naar [Rycke], *Styl van der Camere van den Rade in Vlaendren*, RAG, 2^{de} varia 1834, fol. 292 v.: Voorts zo es waer dat niemant die in possessie es van eeneghen gronde ofte anderen rechte die beducht dat men hem daerinne belet doen zal, mach ooc vercrighen commissie int cas van *maintenue* die men heet *simple saisine* in de vorme hiernaer volghende.’ Monballyu tekent aan dat deze

zijn onderzoek naar het gebruik van de *maintenue* in de Grote Raad van Mechelen in de periode 1522-1559 op een zaak stuitte die het waard is om hier vermeld te worden. Een aanvrager van het *mandament van maintenue* verklaarde namelijk gerechtigd te zijn in deze bezitsactie omdat hij zijn *saisine* uitoefende ten gevolge van de regel *le mort saisit le vif*.⁶⁷⁷ Kennelijk was op dit tijdstip de verstrekking van de *simple saisine* op deze grondslag (vgl. § 4 van het citaat van Wielant bij noot 670) al overgeheveld naar de *maintenue*. Een dergelijke overheveling zou wellicht ook kunnen verklaren waarom Wielant de *maintenue* niet noemt wanneer hij de bezitsacties uit Frankrijk bespreekt.⁶⁷⁸

Ik kom tot de slotsom dat het *mandament van maintenue* oorspronkelijk gebaseerd was op *saisine*.

2.4.1 *Maintenue en receptie*

De conclusie dat het *mandament van maintenue* oorspronkelijk was gebaseerd op *saisine* leidt tot de vraag of het *saisine*-rechtelijke bezitsbegrip stand heeft kunnen houden in de Noordelijke Nederlanden in de periode vanaf het eind van de 15^e eeuw tot de 18^e eeuw, waarin de hoofdreceptie van het Romeinse recht plaatsvond.⁶⁷⁹ Dit is de periode waarin het gewoonterechtelijke bezitsbegrip wijzigingen kon ondergaan omdat het opnieuw uitgelegd werd vanuit het geleerde recht. Hierdoor konden uiteenlopende standpunten ontstaan over wat nu op bezitgebied rechtens was. Dat bleek al uit de in de vorige subparagraaf besproken controverse over de vraag of de huurder als bezitter beschouwd moest worden. De Groot, die het bezitsbegrip Romeinsrechtelijk inkleurde, meende van niet, Bort van wel. De positie van de huurder bleek een lakmoesproef om te bepalen of een schrijver ten aanzien van het *mandament van complainte* het *saisine facti*-begrip van het *gewere*-recht aanhangt of het *possessio*-begrip van het Romeinse recht. Het is mogelijk een soortgelijk onderzoek uit te voeren voor het *mandament van maintenue*: bepalend is de positie van de erfgenaam die nog niet de feitelijke macht heeft verkregen over de zaken die de erflater hem naliet. Staat men deze erfgenaam toe om gebruik te maken van het *mandament van*

tekst is weggefallen in De Royarde [De Rycke], *Tractaet*, fol. 81r. Zie t.a.p. ook Van Rhee 1997, p. 245-246.

⁶⁷⁷ Van Rhee 1997, p. 246, noot 114: (...)’In 833.83, 694-695, a litigant claimed to be entitled to obtain in his action of *maintenue*, because he exercised his seisin as a result of the rule *le mort saisit le vif* (‘Et estoit ledit seigneur demandeur bien fondé quant a la fin possessoire, et en cas de long proces a la recreance, attendue telle generale et notoire coustume que le mort saïssisoit le vif dont dessus, et que incontinent apres le trespas dudit feu seigneur de Ravestein et endedans l’an et jour, icelluy seigneur demandeur en avoit fait extreme poursuite jusques a l’heure de presente.’).

⁶⁷⁸ Zie § 5 van het citaat bij mijn noot 619.

⁶⁷⁹ Kleyn 1992, p. 542 noot 1.

maintenue, dan hanteert men kennelijk het *saisine iuris*-begrip van het *gewere*-recht.⁶⁸⁰ Weigert men de erfgenaam de *maintenue* omdat hij de zaak eerst nog in bezit moet nemen, dan hanteert men kennelijk het *possessio*-begrip uit het Romeinse recht.⁶⁸¹ Hieronder geef ik de resultaten van een kort literatuuronderzoek van dit vraagstuk met behulp van uitspraken over de *maintenue* van juristen uit een viertal gewesten: Holland, Utrecht, Friesland en Brabant.⁶⁸²

Maintenue en receptie in Holland

Middelburg suggereert in zijn proefschrift dat het Rooms-Hollandse recht bij het *mandament van maintenue* het *saisine iuris*-bezitsbegrip hanteerde. Hij noteert: ‘Wanneer men de vele gevallen van *Maintenue* in Bijniershoek leest, valt het op hoe dikwijls dit mandament werd aangevraagd bij vrees voor storing van het bezit van een nog onverdeelde erfenis.’⁶⁸³ Middelberg laat echter na te vermelden of in deze gevallen de erfgenaam zich reeds in het bezit van de onverdeelde erfenis had gesteld of niet. Zoals we zagen is dit gegeven minder relevant voor het *gewere*-recht, waar het bezit van rechtswege, *ipso iure*, overgaat op de erfgenaam, maar in het Romeinse recht beslist het of de erfgenaam bezit heeft en op grond daarvan bescherming kan inroepen. Zoals Middelberg het verwoordt, lijkt het er op dat hij aanneemt dat in het Rooms-Hollandse recht reeds de onverdeelde erfenis zelf de erfgenaam tot bezitter maakt en hij door middel van de *maintenue* in dat bezit kan worden gehandhaafd. Een dergelijke zienswijze lijkt te ongenueanceerd.

Van Apeldoorn onderwierp de vraag of in het Rooms-Hollandse recht het beginsel gold dat het bezit van rechtswege overging op de erfgenamen aan een uitgebreid onderzoek. Ik citeer uit zijn bewerking van de aantekeningen van Fockema Andreae op Hugo de Groot's *Inleidinge*.

⁶⁸⁰ Smits 1869, p. 121 e.v. geeft voorbeelden van dit *droit de saisine* in enkele streken.

⁶⁸¹ Wellicht ten overvloede merk ik op dat, omdat het de overgang van *bezit* betreft, het in het Romeinse recht wel gehanteerde onderscheid tussen de zogeheten *heres suus et necessarius* en de *heres voluntarius* hier niet speelt. Zie Zwalve 1995, p. 140. Zie ook mijn noot 439. Anders: Smits 1869, p. 121-122.

⁶⁸² Mijn selectie van deze vier gebiedsdelen is niet geheel willekeurig. Ik neem Holland en Friesland omdat daarin de oudste juridische faculteiten binnen de Republiek gevestigd waren. Zie: Lokin & Zwalve 2006, p. 287. Brabant is interessant omdat het Hof van Holland hiervandaan zijn procesrecht had verkregen. Zie: Hallebeek 1998, p. 206. De heerlijkheid Utrecht is interessant omdat, zoals ik nog uiteen zal zetten, daar nog de *actio spolie* werd gebruikt die uit het canonieke recht stamt. De meest waarschijnlijke verklaring hiervoor is het gegeven dat dit gebied vroeger deels onder bisschoppelijk gezag stond.

⁶⁸³ Middelberg 1953, p. 69, noot 32.

Vooralsnog durf ik dus niet te beslissen, of in de Middeleeuwen in Holland gold het beginsel: de dode stelt de levende in het bezit. Maar ook indien dit wel het geval mocht geweest zijn, dan zou daaruit nog niet volgen – gelijk F.A. aanneemt –, dat het in de tijd van de Groot en later evenzo was. De rechtsbronnen uit die tijd zwijgen er over. De Groot⁶⁸⁴ en andere juristen (Bort, t.a.p. I, 12, 13;⁶⁸⁵ Vromans, *De foro comp.* I, c. 2 noot 4) leren dat het bedoelde beginsel in Holland niet gold. Vromans zegt: “dat naar onse stijl ende practycque, hierin de Romeinsche burgerlijke regten volgende, het besitrecht sonder dadelijke aanvaarding niet overgaet op de erfgenaam”.⁶⁸⁶ En deze juristen, die allen advocaat bij Hof en Hoge Raad zijn geweest, konden wel weten, hoe de praktijk ten aanzien van dit punt was. Hun mededeling wordt trouwens afdoende bevestigd door het feit, dat de erfgenaam die zich nog niet in het bezit van de erfenis *gesteld* had, in Holland niet de *maintenue* kon instellen, maar “mandement van inleiding” moest vragen. Alleen placht dit gecombineerd te worden met het mandement van *maintenue*, met het oog

⁶⁸⁴ Voor het gemak van de lezer citeer ik hier Grotius (I), II, § 12: ‘t Bezit werd verlooren door de dood: zulcks oock dat het bezit niet verstaen en werd over te gaen op den erfgenaem, ten zy daer dadelicke aenvaerdinghe by kome: (...)’

⁶⁸⁵ Voor het gemak van de lezer citeer ik Bort, §§ 12 t/m 15: ‘§ 12. Nademael by ons niet en is *statuto* ingevoerd, gelijck als in Vrankrijck, *que le mort faïfit le vif*, ende dat sulckx by ons, gelijck als by de Romeynen, *cum hæredes instituti sumus, adita hæreditate, omnia quidem jura ad nos transeunt, possessio autem, nisi naturaliter comprehendenda sit, ad nos non pertinet, ut de jure Romano, secund. text. l. 33 ff. de acquir. possess.* § 13. Ende dienvolgende oock een Erfgenaem *sive ex testamento, sive etiam ab intestato*, by ons verstaen kan werden, *sine apprehensione & continuatione* eenige actuele possessie te hebben van de goederen by den overleden naegelaten, *vid. Postium in tract. de manutenendo, observat. 55.* § 14. Soo en kunnen daeromme oock geen Erfgenamen *interdicto retinendae possessionis* by ons ageren, verfoekende, uyt kracht van hun recht van successie, ‘t zy dan dat het is *ex testamento, sive ab intestato*, in de nagelate goederen te werden geïmmiteert, ofte oock gemainteneert, ende voor soo veel des nootd soude mogen zyn, oock geïmmiteert. § 15. Indien men van eenige goederen de possessie noch niet en soude mogen hebben bekomen, soo verfoeckt men daer inne te werden geïmmiteert *ex l. fin. C. de edict. div. Adrian. tollend.* ‘t welck wert toegelaten, *quando hæres instrumentum testamenti, in quo instituas est, exhibet, sua prima facie, nec abolutum, nec cancellatum*: ende daer geen testament is, *quando proximi hæredes ab intestato, de jure suo saltem summarie docent, vid. Menoch. de remed. adipiscend. possessionis, ubi eam materiam pertractat.*’ Bort 1731, p. 373.

⁶⁸⁶ Voor de volledigheid wijs ik ook op het vervolg van het citaat: ‘Waar uyt dan ook onwrikbaar komt te volgen, dat een Erfgenaam, die sig in het dadelijk besit van des Overledens goederen niet en heeft doen siellen, sig ook niet kan bedienen van Mandement van *Maintenue*, (...). Maar hy kan en moet sig bedienen van Mandement van *Inleiding*, om alfoo op nieuws te verkrijgen een *Bezit-regt*, dat hy nog niet en heeft; verfoekende daarom by sijn *Requête*, (...). Maar indien den Erfgenaam sig reeds ten delen in de possessie van de naegelaten goederen heeft gestelt, en ten delen daar nog in begeert gestelt te werden, ende dat hy bekommert is, dat hem een ander uyt de besittinge mogt sieten, ofte daar in belemmeren, soo verfoekt hy met een in het selve *Requête*, gemainteneert, gestyfd ende geferkte, ende voor soo veel des nootd fy) geïmmiteert te werden in de possessie vël quasi van de naar-gelate goederen: (...)’ Vromans 1722, p. 64. Afwijzend: Fockema Andreae 1906 (II), p. 338.

op die goederen der nalatenschap, welke de erfgenaam reeds in bezit mocht hebben genomen. *Vandaar dat v. Bynkershoek in zijn Observationes in dit verband telkens spreekt van “maintenue” of “uti possidetis”, waar hij bedoelt het op l. 3 C. 6. 33 gebaseerde mandement van inleiding.*⁶⁸⁷ [cursivering, HHR] (*Observ.* I. no. 213, 442, 497, 528, 550, 600, 616, 637, 651, 701, 736, 742, 751, 868, 986, II. No. 1342, 1600, 1835, 1853, 1945).⁶⁸⁸

Er lijkt consensus te bestaan tussen De Groot, Bort en Vromans dat het bezitsbegrip van het Rooms-Hollandse *mandament van maintenue* niet is gebaseerd op de regel ‘le mort saisit le vif’.⁶⁸⁹ Was dit wel het geval, dan zou een erfgenaam die zich nog niet in het bezit van de zaak had gesteld het *mandament van inmissie* kunnen ontberen.⁶⁹⁰ Terzijde merk ik op dat het voor het verkrijgen van

⁶⁸⁷ Zie over deze constitutie hieronder noot 690.

⁶⁸⁸ Fockema Andreae/Van Apeldoorn 1939 (II), p. 99-100.

⁶⁸⁹ Vgl. voor het mandament van complainte De Jonge 1857, p. 37, (Bort, Compl. V, 13): ‘Wat betreft het bezit aan voorouders ontleend aangaat, hierbij valt een afwijking van het Franse recht op te merken. Zo als bekend is, gold daar de regel “le mort saisit le vif”, volgens welke bij nalatenschappen, het goed van de bezitter onmiddellijk op zijn opvolger overging. Een zodanige inbezitstelling nu, die enkel door de dood van de erflater geacht werd plaats te hebben, kende men in ons Oud-Hollandsch recht niet. Er werd iets gelijkende op de aditio haereditatis van de Romeinen vereischt, een zogenaamde “actuele apprehensie,” ten einde het bezit te doen overgaan, en dus tot het instellen van de Complainte bevoegd te zijn, wanneer men er in gestoord werd.’

⁶⁹⁰ De schrijvers baseren het *mandament van inmissie* op het Romeinse recht en wel op de derde verordening van de drieëndertigste titel van het zesde boek van de Codex van het *Corpus Iuris Civilis*. In deze verordening schaft keizer Justinianus een edict van zijn voorganger Hadrianus af. Die had dit edict uitgevaardigd teneinde een snellere inning van een nalatenschapsbelasting te bewerkstelligen met behulp van de zogeheten Hadriaanse inbezitstelling, *missio in possessionem ex edicto Hadriani*. Berger 1953, p. 584-585 (*sub* *missio in possessionem ex edicto Hadriani*); Kaser 1971, p. 693 noot 3 (§ 164). Op deze inbezitstelling kon elke erfgenaam aanspraak maken die zich binnen het jaar na het openvallen van de nalatenschap meldde om op grond van een formeel geldig testament in de boedel gesteld te worden. Justinianus schrapte de termijn van een jaar en stond dergelijke inbezitstellingen toe totdat er verjaring optrad. De kern van zijn verordening luidde als volgt: *De doorluchtige keizer Justinianus aan Julianus, Pretoriaans Prefect*. Aangezien het edict van de vergoddelijkte Hadrianus, dat met betrekking tot de belasting van vijf procent op nalatenschappen ingevoerd is, met al zijn wijdlopheden, moeilijkheden en warrige uiteenzettingen geheel in onbruik is geraakt ten gevolge van het feit dat ook de nalatenschapsbelasting van vijf procent is verdwenen uit Onze staat, en aangezien eveneens ook alle bepalingen die over de aanvulling of uitleg van het genoemde edict bekendgemaakt zijn, zijn verouderd, verordenen Wij het volgende. Als iemand die voor het geheel of voor een deel tot erfgenaam is ingesteld, aan de bevoegde rechter een testament heeft getoond dat niet is doorgestreept of ongeldig gemaakt, noch wat enig aspect van zijn vorm betreft gebrekkig is, maar dat op het eerste gezicht zonder enig gebrek lijkt te zijn en door verklaringen van het wettelijk voorgeschreven aantal getuigen bekrachtigd is, moet hij in het bezit worden gesteld van die zaken die aan de erflater toebehoorden op het ogenblik van diens dood, maar die niet op een wettelijke wijze door een ander in bezit worden gehouden; en dat boedelbezit moet hij verkrijgen

een *mandament van inmissie* niet nodig was zich te wenden tot de centrale rechtscolleges van de landheer.⁶⁹¹

Maintenue en receptie in Utrecht

Van Wassenauers beschrijving van de rechtspraktijk van Utrecht toont dat men ook daar zich bij het *mandament van maintenue* niet baseerde op de regel ‘le mort saisit le vif’. Hij begint zijn hoofdstuk ‘van Maintenue’ met de wijzen waarop over bezit kan procederen. Van Wassenauer benoemt daarin het *mandament van maintenue*, het *mandament van spolie* en het *mandament van complainte*.⁶⁹² In de tweede paragraaf bespreekt hij de mogelijkheid om het bezit van een erfenis op te vorderen. Hoewel van Wassenauer de naam *mandament van inmissie* niet letterlijk gebruikt, beschrijft hij het duidelijk en noemt hij zelfs het voorbeeld van de Hadriaanse inbezitstelling.⁶⁹³

Word ook geageert om possessie die men niet verloren heeft te bekomen, die genoemd wordt *adipiscendæ possessionis*, als by exempel *ex l. fin. C. de edict. D. Hadr. toll.* om in possessie van de erffenis, iemand by testament gemaakt, gestelt te

onder getuigenis van openbare ambtenaren.’ C. 6,33,3 [= *l. fin. C. de edict. div. Hadrian. tollend., HHR*] : *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.* Edicto divi Hadriani, quod sub occasione vicesimæ hereditatum introductum est, cum multis ambagibus et difficultatibus et indiscretis narrationibus penitus quiescente, quia et vicesima hereditatis a nostra recessit re publica, antiquatis nihilo minus et aliis omnibus, quæ circa repletionem vel interpretationem eiusdem edicti promulgata sunt, sancimus, ut, si quis ex asse vel ex parte competenti iudici testamentum non cancellatum neque abolitum neque ex quacumque suæ formæ parte vitiatum, sed quod prima figura sine omni vituperatione appareat et depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit, mittatur quidem in possessionem earum rerum, quæ testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur, et eam cum testificatione publicarum personarum accipiat.

⁶⁹¹ De Blécourt/Fischer 1967, p. 137 (nr. 90) merkt verder op dat vanouds over de in- en uitleiding uit een boedel geprocedeerd werd voor de plaatselijke colleges, voor schout en schepenen of hoe zie in de verschillende delen van ons land ook heetten.

⁶⁹² Van Wassenauer 1729, Caput XII, Van Maintenue, § 1, p. 206-207: Ten possessoir word geageert, of ter sake van tegenwoordige possessie die men sustineert noch in der daat te hebben, ofte met zyn gemoed te houden, *juxta l. 3. l. 7 sed et si ff. de acq. vel. amit. poss.* ende midsdien recht heeft daar in te continueren, ende te wederstaen die hem de selve soekt te benemen, *l. 1. C. unde vi. l. 7. § 3 ff. quod vi aut. clam. Grot. lib. 2. par. 2. num. 9. door een actie die genaamt wort mandement maintenue*, ofte van niet tegenwoordige, ter sake van welke geageert word om een verleden possessie te recupereren, tegen de gene die hem daar uit gestoten heeft, ’t welk genoemd wort Mandement van Spolie, en Mandement van Complainte, welke twee mandementen daarin differeren dat in het eerste ordinarij rechtspleging word geobserveert, ende by ’t leste wort het mandement aan een Comillaris gedirigeert, die hem informeert op de waarheid van ’t geposeerde in

⁶⁹³ ’t voorz. mandement, van welke hier na breder geseyt sal worden.

Zie noot 690.

worden, waar inne zyn recht by requeste te kennen gegeven hebben, verfocht word appointment ofte mandament, uit krachte van 't welke u ende alle de gene die hem de erffenisse van P. souden willen onderwinden, voor sekere Commissaris van den Hove daar toe te committeren verdachvaart mogen worden, omme te aanhoren alfulck verfoek als hy suppliant voor den selven sal willen doen, *omme uit kracht van 't voorfz. testament gestelt te worden in reële possessie van alle alfulke goederen als den voornoemden P. achtergelaten, ende met'er dood geruimt heeft* [cursivering, HHR], (...) ⁶⁹⁴

Het is duidelijk: de rechtsgrond om in het bezit te worden gesteld ligt in het testament. Bovendien *ruimt* de erflater zijn goederen met de dood: hij geeft ze dus niet door. Een ontkenning van de regel 'le mort saisit le vif' lees ik in vermelding dat men voor het *mandament van maintenue* de eis van 'actuele possessie' stelt, ook al hoeft het bezit niet jaar en dag geduurd te hebben. ⁶⁹⁵

Maintenue en receptie in Friesland

In het Rooms-Friese recht schijnt de regel 'le mort saisit le vif' niet gegolden te hebben: Huber schrijft dat de *maintenue* niet aan de erfgenaam gegeven wordt, omdat deze niet van rechtswege geldt als bezitter:

§ 7. Daer anders ⁶⁹⁶ *maintenue* den erfgenaem niet wordt gegeven, nadien de bezittinge selve niet overgaet tot den erfgenaem: (...) ⁶⁹⁷

Hoe diep het Romeinse recht in Friesland het oorspronkelijke recht binnengedrongen is, blijkt verder uit het feit dat Huber het *mandament van maintenue* wil toelaten bij roerende zaken. ⁶⁹⁸ Hij geeft daarvoor als grondslag (sic) het interdict 'aangaande verhuizing', *interdictum de migrando*. ⁶⁹⁹

§ 8. In tilbare goederen heeft dit selve *posseffoire* middel ook plaetse, bysonderlijk ten aanzien van de huirders die sonder reeden door de huisheeren belet worden,

⁶⁹⁴ Van Wassenauer 1729, Caput XII, Van Maintenue, § 2, p. 207.

⁶⁹⁵ Van Wassenauer 1729, Caput XII, Van Maintenue, § 4, p. 207.

⁶⁹⁶ In § 6 bespreekt Huber het geval dat iemand met geweld of heimelijk een werk maakt op andermans grond. In een dergelijk geval acht hij de *maintenue* instelbaar niet alleen door de bezitter van de grond, maar door iedereen die schade heeft geleden, ook al bezitten zij niet en *daarom* wordt de *maintenue* ook aan hun erfgenamen gegeven. Dit is dus geen geval van de regel *le mort saisit le vif*.

⁶⁹⁷ Huber 1686 (II), II. Boek, IX. Kapittel, § 7, p. 246. Anders: Fockema Andreae 1906 (II), p. 338.

⁶⁹⁸ De Hollandse Hoge Raad weigerde de *maintenue* ten aanzien van roerende zaken: Meijers 1933 p. 108, noot 4 (*Observationes Tumultuariæ* n. 1059).

⁶⁹⁹ Zie voor de tekst van dit interdict (D. 43,32,1), p. 50.

haer goedt te vervoeren, als fy verhuifen willen; wel te weeten, als fy op staede voet konne, toonen dat fy het huurcontract voldaan hebben, of immers niet en blijkt, dat fy daer tegen gedaen hebben, foo wort haer dit middel gegunt, om het bezit van haer goedt te behouden ende mede te neemen, anders moet de huurman genoegsame cautie stellen voor het gewijfde eer, hy goedt kan lichten.⁷⁰⁰

Ik zie hierin een fraai voorbeeld van de vaker bespeurde neiging van vroegmoderne schrijvers om de oorspronkelijke bezitsacties in te kleuren met behulp van het Romeinse recht.⁷⁰¹

Maintenue en receptie in Brabant

Ook in Brabant werden de bezitsacties ingekleurd met behulp van het Romeinse recht. Meijers meldt dat men in Brabant in het begin van de 18^{de} eeuw slechts twee bezitsacties hanteerde: de maintenue en de redintegratie (*actio spolie*).⁷⁰² Hij baseert zich hiervoor, onder andere, op Van Tuldens aantekeningen op De Damhouders *Praxis rerum civilium* (*Practijcke civile*). De Damhouder, een Vlaming, zegt dat men op drie manieren bezitsacties kan instellen: met de simpele saisine, met de complainte en met de maintenue.⁷⁰³ Hij trekt hieruit de conclusie dat de bezitsprocedure drievoudig is, ze kan dienen om het bezit op te eisen, te herkrijgen of te behouden.⁷⁰⁴ De Brabander Van Tulden tekent vervolgens aan dat de bezitsprocedure voor de Senaat van Brabant tweevoudig is: men hanteert er alleen de maintenue en de redintegrante.

Is drievoudig.] Volgens het recht zoals dit bij ons geldt zijn zijn die andere uitdrukkingen ‘nieuwigheid’, ‘saisine’ of ‘complainte’ niet overgenomen, maar worden bezitsprocedures gevoerd op basis van brieven van de Senaat van Brabant, waar (in tegenstelling tot Vlaanderen) degene die het afgelopen jaar niet het bezit heeft gehad, niet wordt ontvangen in het interdict tot behoud, behalve (zoals ze het

⁷⁰⁰ Huber 1686 (II) II. Boek, IX. Kapittel, § 8, p. 246.

⁷⁰¹ Wauters 2005, p. 261; Hallebeek 1998, p. 198; Middelberg, 1953, p. 71.; De Blécourt/Fischer 1967, p. 134 noot 2; Grotius II (Van Apeldoorn), p. 94; Meijers 1933, p. 105.

⁷⁰² Meijers 1933, p. 111.

⁷⁰³ Zie ook hierboven mijn noot 603. De Damhouder 1646, Caput XXXIV, § 1, p. 47: *Possessoria instituntur & intentantur tribus modis, per simplicem Saifnam, scilicet, vt aliquis Saifnam quam non habet consequatur. Item per complaintam, scilicet, vt aliquis Saifnam deperditam recuperet. Tertio per manutenentiam, scilicet, vt aliquis Saifnam, quam habet, & habere prætendit, retineat. Haec brevis sic accipe.*

⁷⁰⁴ De Damhouder 1646, Caput XXXIV, § 2, p. 47: *Possessorium iudicium est triplex, quippe pro possessione adipiscenda, reperanda, & retinenda, vt, in c. Pastoralis de cauf. possesf. & propri in glossa 4.*

noemen) *manutenentiae*: na een jaar echter kan hij het rechtsmiddel *redintegranda*e aanvragen, overeenkomstig artikel 438 van de ordinantieën van de Senaat.⁷⁰⁵

Meijers benadrukt het Romeinsrechtelijke karakter van deze acties: ‘Gelijk uit de plaats van Tulden reeds blijkt, beantwoordt de maintenue aan het interdictum *retinendae possessionis* en de redintegratie aan het interdictum *recuperandae possessionis*. Daarnaast kende men nog de inmissie in goederen, die de erfgenaam verzoeken kon als interdictum *adispiscendae possessionis*.’⁷⁰⁶ Meijers volgt kritiekloos de voorstelling van de door hem aangehaalde schrijvers: de inrichting van het bezitsproces in Brabant is niet gebaseerd op het *saisine*-recht, maar op het Romeinse recht.⁷⁰⁷ Dat recht onderscheidde immers tussen drie soorten bezitsacties, namelijk interdicten tot behoud van bezit, *interdicta retinendae possessionis*, interdicten tot herkrijging van bezit, *interdicta recuperandae possessionis* en interdicten tot verkrijging van bezit dat men nog niet gehad heeft, *interdicta adipiscendae possessionis*. Deze laatste categorie behoort niet tot wat Van Oven aanduidt als de ‘eigenlijke’ bezitsbescherming, omdat men daarin vraagt om in het bezit gesteld te worden in plaats van beschermd te worden in bestaand bezit.⁷⁰⁸ De eigenlijke bezitsbescherming bestaat uit slechts uit interdicten gericht op behoud bezit en interdicten gericht op herkrijging van verloren gegaan bezit. In Brabant vervult de maintenue de

⁷⁰⁵ De Damhouder 1646, annotationes Nic. Thvldæni, caput XXXIV, sub b., p. 48: *Eft triplex.*] Sic secundum ius com apud nos, non receptis alijs illis terminis nouitatis, faifinæ aut complaintæ, expediuntur iudicia poffefforia, per literas Brabantia, vbi (aliter atque in Flandria) qui proximo anno non poffedit, non recipitur in interdicto retinendæ, fiue (vt vocant) manuntenentia: poterit tamen poft annum impetrare remedium redintegrandæ, iuxta artic. 438 ordinationis fenatus. Meijers wijst erop dat de zienswijze dat Brabant slechts slechts twee bezitsacties kent wordt ondersteund door Looven 1745, p. 209: ‘Staet te noteren, dat men in den Raede van *Brabant* niet en ufeert van de termynen (Meijers 1933, p. 111 noot 1 merkt op: ‘lees: termen, zie de tekst van Tulden’) van *Spolie*, *Saisine*, ofte *Complainte*, maer alleenelijck van *Maintenu*, voor de gene binnen ’t s’Jaers in poffellie geweeft zyn: ende van *Redintegratie*, voor die overjarige poffellie foecken te recuperen. *Vide annot. Tuldeni; ad Damhaud. Praxi civili, cap. 34 sub litt. B. fol. 48.*’

⁷⁰⁶ Meijers 1933, p. 112.

⁷⁰⁷ Looven 1745, p. 198 vangt zijn bespreking van het hoofdstuk getiteld ‘*Van de Materie Poffeffoir, van Maintenu, Redintegratie ende Inmissie in Goederen*’ zelfs aan met een citaat van Gaius over de interdicten (D. 6,1,24, geciteerd in noot 67).

⁷⁰⁸ Zie Van Oven 1948, p. 121: ‘Niet alle possessoire interdicten strekten tot bescherming van het bezit: zij werden ingedeeld in *interdicta adipiscendae, retinendae en recuperandae possessionis causa comparata* (Gaius 4,143) en alleen de beide laatste groepen beschermden de bezitter, ’t zij hem die nog bezitter was, ’t zij degene die zijn bezit had verloren. De *interdicta adipiscendae possessionis* behoren dus niet tot de bezitsleer, maar waren middelen om iemand op grond van enig recht, bezit, dat hij nog niet had gehad, te bezorgen.’

functie van behoud van bezit en de redintegrande de functie van herkrijging van bezit.⁷⁰⁹

Ik zou Meijers' Romeinsrechtelijke voorstelling willen nuanceren. Mijns inziens heeft het Brabantse procesrecht onder de invloed van het *saisine*-recht gestaan, alle opmerkingen van de schrijvers ten spijt. Maar, zoals Wauters al opmerkte, vonden de vroegmoderne auteurs het sexy om de bezitsprocedures te presenteren als de opvolgers van wat zij als de Romeinsrechtelijke bezitsinterdicten beschouwden.⁷¹⁰ Ik kom voor het gewest Brabant tot de slotsom dat het *saisine*-recht wel degelijk gelding had, meer zelfs dan in elk van de hierboven besproken gewesten!

In Brabant werd het *mandament van maintenue* namelijk nog voor een oorspronkelijk doel gebruikt: het verkrijgen van *saisine facti* door personen die *saisine iuris* hadden. Dit blijkt uit het gebruik in Brabant van de 'oneigenlijke' bezitsbescherming: het *mandament van inmissie*. Dat mandament werd ook in Brabant gemodelleerd naar de Hadriaanse inbezitstelling.⁷¹¹ Loovens formuleert het als volgt:

Den derden middel, oft *Judicium extraordinarium*, om de poffessie te bekomen, de welcke men noynt ghehadt en heeft, is de Immiffie in Goeden, *ex edicto divi Adriani ex lege 3. cod. de Edict. div. Adr. tollend. & quemadmodum scriptus heres in poffessionem mittatur*, de welcke plaetse heeft in Erffeniffen, *moribus nostris five ex testamento, five ab inteftato*.⁷¹²

De *inmissie* is dus, net als in het Rooms-Hollandse recht, gebaseerd op het Romeinse recht en gericht op de inbezitstelling van erfgenamen die het bezit van het goed nooit gehad hebben.

Het bestaan van het rechtsmiddel lijkt dan ook op het eerste gezicht de uitspraak van Van Tulden te bevestigen dat men in Brabant de *saisine* niet heeft overgenomen. Maar let wel! In het hierboven opgenomen citaat zegt Van Tulden alleen maar dat de *uitdrukking* 'saisine' in Brabant niet gebruikt wordt. In de praktijk bestond de *saisine*, met name de *iuris saisine*, wel degelijk en zij werd ook in acht genomen.

Dat maak ik op uit het volgende citaat van Loovens. Die relativeert daarin in verregaande mate het belang van de *inmissie* door er op te wijzen men haar

⁷⁰⁹ Vgl. Meijers 1933, p. 112: 'De maintenu is dus gedacht als het interdictum retinendae possessionis, de redintegratie als het interdictum recuperandae possessionis onverschillig of er geweld gebruikt is of niet.'

⁷¹⁰ Zie hierboven, p. 169. Vgl. Kleyn 1986, p. 227

⁷¹¹ Zie noot 690.

⁷¹² Loovens 1745, p. 212.

maar weinig tegenkomt.⁷¹³ De reden die hij daarvoor opgeeft is veelzeggend: in bijna geheel Brabant geldt de regel dat de dode de levende in het bezit stelt, met andere woorden ‘le mort saisit le vif’. En omdat de levende dientengevolge al van rechtswege in het bezit, d.w.z. de *saisine iuris*, is gesteld, kan hij dit bezit daarna behouden door de enkele wil, *solo animo*. Wordt er vervolgens op zijn bezit inbreuk gemaakt, dan is dit een inbreuk op bestaand bezit van de levende en hoeft deze zich niet op de inmissie terug te vallen, maar kan hij zich direct verweren met de *maintenue*, of zelfs met de *redintegrande*.

Nochtans dit verfoeck ten eynde van inmillie in Goeden, en wordt niet veel geintenteert, vermits *solo animo retinetur possessio*, ende dat den dooden bynaer heel *Brabant* door erft den levenden, ende dat vervolgens de possessie van den dooden, continueert op den Successeur, den welcken uyt dien hoofde alleen *Maintenue*, oft *Redintegratie* kan vragen.⁷¹⁴

De *maintenue* werd dus in bijna geheel Brabant gehanteerd voor de bescherming van de *saisine iuris* tegen inbreuken. Van Tulden beschouwde de *maintenue* verder als het rechtsmiddel om gehandhaafd te worden in bezit van minder dan jaar en dag.⁷¹⁵ Deze twee toepassingen van de *maintenue* in Brabant komen volledig overeen met Wielants beschrijving van de bescherming door de *maintenue* van de *saisine iuris* en de *saisine facti* van minder dan jaar en dag.⁷¹⁶ Ik kom dan ook tot de slotsom dat het beeld dat de Brabantse rechtspraak volledig op het Romeinse bezitsproces ingesteld was nuancering verdient.

Samenvatting maintenue en receptie

Mijn onderzoek naar het gebruik van het *mandament van maintenue* in vier gewesten toont dat men het rechtsmiddel niet uniform toepaste.

Alleen in Brabant komt de toepassing van het *mandament van maintenue* overeen met Wielants beschrijving van zijn *saisine*-rechtelijke oorsprong: in

⁷¹³ Volledigheidshalve wijs ik nogmaals op het gegeven dat men het mandament van inmissie niet hoefde aan te vragen bij een hoge landsheerlijke college, maar dat men dit op lokaal niveau kon doen, zie hierboven, p. 178.

⁷¹⁴ Loovens 1745, p. 214.

⁷¹⁵ Zie hierboven het citaat bij noot 705.

⁷¹⁶ Zie voor het ‘komen in de possessie’ het citaat bij noot 664, voor het beschermen van bezit van minder dan een jaar Wielant 1573, I, cap. xiii, § 3, p. 46: ‘In *maintenue* van materie *beneficiale*, gelijk in andere / en is van geen noodt te hebben *possessie* annuelle (dats te seggen van Jare ende dage) maer is genoeg dat men tooght *institutie* Canonijcke / ende *actuelle* *possessie*.’ Ik merk nogmaals op dat deze doelen overeenkomen met die van de *saisine simple*. Zie Wielant 1573, I, Cap. vii, § 4, p. 36, (geciteerd op p. 172).

grote delen van Brabant wordt de *maintenue* gebruikt ter bescherming van de *saisine iuris*. Verder gebruikt men in Brabant de *maintenue* voor bescherming van de *saisine facti*, d.w.z. het feitelijk bezit van minder dan jaar en dag.

In het Rooms-Hollandse recht gebruikte men het *mandament van maintenue* alleen voor bescherming van goederen die men nog geen jaar en dag bezat. Om het bezit van een nalatenschap op te eisen gebruikte men in Holland het *mandament van inmissie*, een rechtsmiddel dat men uit het Romeinse recht afleidde en dat men overigens in nalatenschappen vaak in combinatie met de *maintenue* instelde.

In Utrecht diende de *maintenue* ter bescherming van bezit dat men zelf feitelijk hield of bezit dat reeds verkregen had en behield door de enkele wil, *solo animo*. Een erfgenaam die het bezit nog niet had verkregen, kon er geen beroep op doen. Een erfgenaam die het bezit van een nalatenschap wilde verkrijgen, deed geen beroep op het *saisine*-recht, maar op het Romeinse recht: op de Hadriaanse inbezitstelling.

In Friesland tenslotte stond het *mandament van maintenue* niet alleen ten dienste aan de bezitter van grond waar een stoorder met geweld of heimelijk een werk had opgericht, maar aan eenieder die daardoor schade had geleden. Verder konden ook bezitters van roerende zaken de *maintenue* inroepen, maar het *saisine*-rechtelijke bezitsbegrip werd nadrukkelijk afgewezen: een erfgenaam die nog geen feitelijk bezit van de nalatenschap had verkregen mocht geen beroep doen op de *maintenue*.

Nationale eenheid in de toepassing van bezitsacties zou pas bereikt worden door invoering van de verschillende nationale burgerlijke wetboeken. Dit is het onderwerp van het volgende hoofdstuk.

§ 3 Samenvatting en conclusies

In mijn inleiding noemde ik als doelstelling voor dit hoofdstuk twee doelen, die ik in evenzoveel paragrafen trachtte te verwezenlijken.

Paragraaf 1 beoogt het blootleggen van de geschiedenis en beginselen die aan de bezitsbescherming van het canonieke recht en inheems recht van Germaanse oorsprong ten grondslag liggen en het uiteenzetten van de wijze waarop men op de universiteiten heeft geprobeerd de stelsels te harmoniseren met het Romeinse recht.

Paragraaf 1.1 begon met een korte terugblik op de ontwikkeling van het Romeinsrechtelijke bezitsbegrip en zijn vermenging met bezitsbegrippen uit andere rechtssystemen.

Paragraaf 1.2 behandelt de bescherming van bezit in het canonieke recht. Een bijdrage van dit rechtssysteem aan de bezitsleer was het zogeheten verweer van beroving, *exceptio spoli*. Dit rechtsmiddel diende oorspronkelijk als verweermiddel van bisschoppen die in de Middeleeuwen door wereldlijke leiders uit hun bisdommen verdreven werden en daarna machteloos vervolgd werden in showprocessen. Met het verweer bewerkstelligden deze bisschoppen dat het proces niet eerder aan kon vangen dan nadat zij in hun oude toestand hersteld waren. In later tijden werd uit dit rechtsmiddel de *actio spoli* ontwikkeld, een middel om rechtstreeks herstel in oude toestand te vragen. Deze actie stond vanaf de twaalfde eeuw ook aan niet-geestelijken ter beschikking. Romeinsrechtelijk geschoolde juristen hebben getracht de *actio spoli* als uitbreiding van het interdict *unde vi* in te passen in het kader van de Romeinse bezitsinterdicten. Maar er bestaan niet minder dan vijf verschilpunten. Schrijvers als Savigny en Windscheid worstelen met de verschillen tussen beide systemen en met de vraag hoe men deze ‘nieuwe’ regeling kon inpassen in de bestaande interdictenbescherming van de Romeinse *possessio*. Daarentegen juicht Bähr de uitbreiding van de bescherming toe: hij meent dat pas met de ontwikkeling van de *actio spoli* een adequate bescherming tegen eigenmachtig optreden is ontwikkeld. Om het door de *actio spoli* beschermde bezit te onderscheiden van de door de interdicten beschermde *possessio* geeft Bähr het zelfs een eigen naam: *Realbesitz*: blote uitoefening van feitelijke macht over een zaak, met andere woorden ‘feitelijk houderschap’. Uit Bährs uiteenzetting over de bescherming van feitelijk houderschap leidde Van Oven de ‘politieke functie van bezitsbescherming’ af. Van Oven stelde deze functie tegenover de ‘zakelijke functie van bezitsbescherming’: de bescherming van bezit als ‘relatief eigendom’. Van Ovens gebruik van de term bezitsbescherming suggereert een eenheid van het bezitsbegrip in beide functies, terwijl die eenheid in werkelijkheid ontbreekt.

Daarom is bij de politionele functie de term ‘houderschapsbescherming’ beter op zijn plaats. Dat beide functies van bezitsbescherming onverenigbaar zijn komt scherp naar voren bij de vraag naar de toelaatbaarheid van het eigendomsverweer. Bij de politionele functie is zo’n verweer ontoelaatbaar: een gedaagde kan zijn onrechtmatige inbreuk niet billijken met een beroep op zijn eigendomsrecht. In een regeling die bezit beschermt als zakelijk recht dient men het eigendomsverweer wel toe te laten: het is nodig om de relativiteit van bezit ten opzichte van het eigendomsrecht tot uiting te brengen.

Paragraaf 1.3 heeft als onderwerp de bescherming van bezit in het inheemse recht van Germaanse oorsprong.

Een belangrijke kenbron voor dit recht is de *Sachsenspiegel*, een rechtsboek uit 1230 dat de overgang markeerde van de mondelinge overlevering van regels van Saksisch gewoonterecht naar de opschriftstelling daarvan. Dobrozy meent dat het, afgezien van het Romeinse en canonieke recht, waarschijnlijk de belangrijkste juridische bron was voor de gehele late Middeleeuwen in Centraal Europa. Het werd in alle Duitstalige gebieden, met inbegrip van de lage landen, gekopieerd en aangepast.

Het recht van de *Sachsenspiegel* kende ten aanzien van het onder zich hebben van zaken slechts één verschijningsvorm: de *gewere* of *saisine*. Dat begrip bestrijkt dus niet alleen de Romeinsrechtelijke eigendom, *dominium*, maar ook het bezit, *possessio*, en de detentie, *naturalis possessio*. De stamvergadering, het *Ding*, heeft vermoedelijk een rol gespeeld bij de toekenning en de overdracht van de *gewere* van grond, en bij het oplossen van geschillen daarover. In de *Sachsenspiegel* drukte *gewere* de toestand uit van ‘het met de zaak bekleed zijn’, of in termen van zitten, ‘het zitten op de zaak’. Het was deze toestand die een beroep op zelfverdediging rechtvaardigde en aanspraak gaf op juridische bescherming. Huber noemt die bescherming de *Defensivwirkung* van de *Gewere*.

Processueel onderscheidt de *Sachsenspiegel* ten aanzien van onroerend goed tussen twee typen geweres: de ‘rechte’ *gewere* en de ‘gewone’ *gewere*: degene die de *rechte gewere* had was niet verplicht om de betwiste zaak op de eerste vordering op te leveren of degene te noemen aan wie hij zijn *gewere* ontleende. Voor het verkrijgen van een *rechte gewere* was vereist dat men ‘rustig bezit’ had gehad gedurende ‘jaar en dag’. Rustig bezit hield in dat er geen rechtmatige tegenspraak was ingesteld tegen het bezit van de *gewere*-houder. Over de inhoud van de termijn van van jaar en dag bestaat nog geen consensus bij de rechtsgeleerde schrijvers.

Ik besprak vier verklaringen met betrekking tot de inhoud van de termijn van jaar en dag en concludeerde dat een grondige beantwoording van de vraag naar de oorsprong en ontwikkeling nadere studie vereist. Vooralsnog komt mij het aannemelijkst voor de verklaring die ik aanduidde als ‘letterlijke verklaring’,

zoals onderbouwd door Fockema Andreae. Die ziet een afgerond jaar als de oorspronkelijke betekenis van de uitdrukking ‘jaar en dag’. Mochten de rechtsgevolgen van de *rechte gewere* ooit eenvormig zijn geweest, dan is daarvan in de periode rond het bestaan van de Sachsenspiegel niet veel meer te bespeuren: zo zou het Saksische gewoonterecht zwakkere rechtsgevolgen toekennen aan de *rechte gewere* dan het Frankische. Dit blijkt uit de strengere sanctie op ‘verzwijging’ in het Frankische recht: wanneer er geen rechtmatige tegenspraak was ingebracht gedurende jaar en dag verwierf in dit recht de *gewere*-houder het beste recht op de zaak. Soms werd er nog een extra eis gesteld van een schijnbaar geldige titel, *titre coloré*. Ik acht het mogelijk dat die laatste eis een invulling is voor het bewijs van eerbaarheid. Die lijkt te zijn ontleend aan het Romeinse recht: aan de regeling van het Publiciaanse bezit.

Ook in het gebied dat we tegenwoordig aanduiden als Nederlanden zien we in de Middeleeuwen wisselende rechtsgevolgen gekoppeld aan de *rechte gewere*. Het in kaart brengen van de werking die de *rechte gewere* in de Middeleeuwen in onze contreien heeft gehad wordt niet alleen bemoeilijkt doordat de bevolking in dit gebied niet eenvormig was, maar ook door de receptie van het aan het aan inheems recht vreemde Romeinse recht en het door de landheer van de meeste gewesten ingevoerde Bourgondische procesrecht. Dit gaat het bestek van mijn onderzoek te boven en vereist nadere studie.

Op basis van bepalingen uit de *Sachsenspiegel* concludeer ik dat het wilselement van doorslaggevende betekenis lijkt te zijn voor de rechtmatige overgang van een *gewere*: onvrijwillige overgave leidde tot een juridisch gebrek in de verkrijging van de *gewere* van de tweede hand, zowel bij roerende als onroerende zaken.

Ten aanzien van roerende zaken gold als hoofdregel dat er maar één persoon in de *gewere* kan zijn. Bij onroerende goederen hanteerde men het nuts criterium. Volgens de heersende leer zijn er meerdere *geweres* mogelijk. Deze vaststelling is om twee redenen van belang: ten eerste omdat elke *gewere* beschermd werd, zelfs indien zij onrechtmatig verkregen was. Ten tweede omdat zij toont dat de *gewere* van onroerende zaken niet steeds synoniem is met het hebben van de zaak: ze kan ook louter bestaan uit het hebben van enig recht op nuttige voortbrengselen van de zaak, zoals huurpenningen.

Het recht erkende ten aanzien van onroerende goederen ook *rechtsgeweres*: dit zijn *geweres* die aanspraak gaven op het duurzaam nut trekken uit een recht dat op enigerlei wijze te maken heeft met onroerend goed. Ook de houder van een *rechtsgewere* kon aanspraak maken op bescherming. Zowel *zaaks-* als *rechtsgewere* gingen van rechtswege over op de erfgenaam: *Der Tote erbt den Lebendigen* of *le mort saisit le vif*. Onder andere vanwege dit voorschrift lijkt het gerechtvaardigd om – wanneer het bezien vanuit ons huidige begrippenkader – de *gewere* aan te merken als subjectief recht: het objectieve recht kent immers

aan de zoon een op geld waardeerbare bevoegdheid toe tot het trekken van nut uit de zaak.

Tenslotte vergeleek ik overeenkomsten en verschillen tussen de bezitsbegrippen *gewere* en *possessio*. Ik stelde vast dat het Romeinse bezitsbegrip beperkter was en acht het onvermijdelijk dat dit gegeven spanning veroorzaakte toen de stelsels met elkaar in aanraking kwamen. De bescherming van de *gewere* laat zich moeilijk inpassen in de Romeinsrechtelijke indeling in zakelijke en persoonlijke rechtsvorderingen. Ze sluit echter goed aan bij de *actio spolia* en het lijkt dan ook voor de hand te liggen om aan te nemen dat het bestaande Germaanse gewoonterecht een vruchtbare bodem bood voor de ontvangst van dit later in het canonieke recht ontwikkelde rechtsmiddel. Voor de bescherming van bezit komt de invulling uiteindelijk neer op het maken van een keuze tussen twee bezitssystemen. Het ene systeem verleent aan iedere houder een actie tegen inbreuken op zijn genot van de zaak, het andere alleen aan gekwalificeerde houders: zakelijk gerechtigden en bezitters. Wie dit onderscheid voor ogen houdt, beseft ook de futiliteit van de vraag naar bezitsbescherming van de zogeheten bloot-houder, *nudus detentor*. Het ene systeem stelt de bloot-houder immers voor wat betreft de bescherming principieel gelijk met iedere persoon die nut trekt uit een zaak of daarover feitelijk macht uitoefent, terwijl het andere systeem hem juist opzettelijk uitsluit van zakelijke bescherming.

Paragraaf 1.4 bespreekt de belangrijke bijdrage die de rechtenfaculteiten van de universiteiten hebben geleverd aan de harmonisering van de uiteenlopende bezitsbegrippen en –beschermingsprocedures. De universiteiten onderwezen het canonieke recht en het Romeinse recht en het leenrecht. Hoewel het *gewere*-recht zich vooral in het leenrecht had geworteld, acht ik het niet aannemelijk dat dit recht hierin zijn oorsprong vindt. Ik acht het waarschijnlijker dat feodale heersers bij het opstellen van leenrechtelijke bepalingen teruggrepen naar Germaansrechtelijke beginselen, met name de verlening van de *gewere* door het *Ding*. Het canonieke recht ontwikkelde de bezitsbescherming van de *actio spolia*. Door het gezag van het canonieke recht was deze actie min of meer onaantastbaar. Vanwege haar veelzijdigheid is zij wel aangemerkt als een bijna universeel rechtsmiddel. Er bestond spanning tussen het bezitsbegrip van het Romeinse recht en dat van het leenrecht.

De glossatoren hebben de *saisine* langzaam omgevormd in *possessio*. Toch vallen er sporen van hun germaansrechtelijke zienswijze terug te vinden in hun werkzaamheden. Bruns noemt met name de dubbele inhoud van besit als bezit-feit en bezit-recht en de ruimhartige toekenning van bezitsacties aan de groep die wij aanduiden als detentoren. De glossatoren toonden een sterke voorkeur voor het gebruik van het interdict *uti possidetis* en verruimden het werkingsgebied van dit interdict door aan te nemen dat aangevangen bezit voortduurde, ook in gevallen waarin dit minder voor de hand lag. Ik acht zeer aannemelijk

Bruns veronderstelling dat het principe van de Duitse *gewere*, die alleen door vrijwillige opgave verloren kan gaan, heeft bijgedragen aan het aannemen van bestendig bezit. De glossatoren zijn volgens Bruns vooral in het procesrecht afgeweken van het Romeinse recht. Ze vervingen al vroeg het subjectieve Romeinse bewijsstelsel door een objectief stelsel dat gebruik maakte van bewijsvermoedens. Een deel van deze vermoedens wordt ook in ons huidig recht nog gebruikt.

De Romeinsrechtelijke en de germaansrechtelijke bezitsbegrippen zijn in later tijden verder geharmoniseerd, maar gemeenrechtelijke juristen gingen hierbij minder subtiel te werk: ze vertoonden de neiging om *gewere* zonder meer gelijk te stellen aan *possessio*. Deze ambivalentie doet afbreuk aan de overzichtelijkheid van het bezitsbegrip. De positie van de huurder in het bezitsstelsel kan gebruikt worden om te bepalen of het bezitsbegrip Romeinsrechtelijk of *gewere*-rechtelijk van aard is. De absoluutheid van het storingsverbod kan gebruikt worden om te bepalen uit welk stelsel de geboden bezitsbescherming komt. Ik heb beide toetsen uiteengezet aan de hand van paragrafen uit Hugo de Groot's *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid*. Daarin viel op dat De Groot, die het Romeinse bezitsbegrip omarmde, desalniettemin een absoluut storingsverbod voorstond. Ik meen dat zijn behandeling van het bezit-recht kan dienen als voorbeeld voor de mate waarin het bezitsbegrip in die tijd in onze streken is geharmoniseerd: het uitgangspunt is Romeinsrechtelijk, maar dit recht heeft het *gewere*-recht nog niet volledig vervangen. Met deze vaststelling heb ik de eerste helft van dit hoofdstuk afgesloten.

Paragraaf 2 ontleedde en zette drie bezitsacties uiteen die in de Lage Landen gebruikt werden in de periode voorafgaand aan de codificaties: het *mandament van spolie*, het *mandament van complainte* en het *mandament van maintenue*. Vanwege het grote historische belang en de invloed van het Rooms-Hollandse recht werd speciale aandacht besteed aan het recht van Holland en Zeeland.

Paragraaf 2.1 zet de achtergrond van de bezitsacties in de Lage Landen uiteen in de periode voorafgaand aan de codificaties. Het ontbreken van een codificatie met een uniforme bezitsregeling betekent dat de invoering en ontwikkeling van de bezitsacties plaatsvonden op gewestelijk niveau, vaak onder gezag van de landsheer. Deze omstandigheid verklaart ook de Franse, met name Bourgondische, invloeden waaraan de Noordelijke en Zuidelijke Nederlanden op het gebied van bezitsbescherming hebben blootgestaan. De invoering van bezitsacties onder het gezag van de landsheer had verder tot gevolg dat de processen over bezit met name werden gevoerd voor landsheerlijke gerechtshoven. Het daar gehanteerde procesrecht bewerkstelligde dat men onderscheid begon te maken tussen *petitoire*, op eigendom gebaseerde vorderingen en *possessoire* vorderingen, waarvoor het bezit als basis diende. Die scheiding heeft

niets te maken met het onderscheid tussen beide rechtsmiddelen in het Romeinse recht, maar met de verschillende wijzen waarop men procedeerde. Men duidde de drie belangrijkste bezitsacties in de 17^e en 18^e eeuw aan als ‘mandamenten’, dat wil zeggen: bevelschriften.

Paragraaf 2.2 bespreekt het *mandament van spolie*. Dit rechtsmiddel staat ook bekend als de *actio spolie* en is ontleend aan het canonieke recht. Vermoedelijk alleen al vanwege de naam zullen vroegere rechtsgeleerden ertoe hebben geneigd om dit bevel te vergelijken met het Romeinse bezitsinterdict *unde vi*. Het mandament heeft echter zijn eigen kenmerken, waarvan de belangrijkste is dat het alle houderschapsrelaties bestreek en dus ook ingezet kon worden door een bloot-houder. Het *mandament van spolie* had een zeer ruim werkingsgebied. Toch werd in het gewest Holland in de praktijk nagenoeg geen gebruik gemaakt van dit rechtsmiddel: om procedurele redenen gaf men de voorkeur aan het *mandament van complainte*.

Paragraaf 2.3 bespreekt het *mandament van complainte*. Dit rechtsmiddel is ontleend aan het Franse recht, waar men in de 13^e en 14^e eeuw de *complaincte de saisine et de nouvelleté* ontwikkelde. Die naam verraadt de gewere-rechtelijke herkomst. De complainte was oorspronkelijk bedoeld als klacht waarmee iemand die in de uitoefening van zijn feitelijke macht over een zaak gestoord was om opheffing van die storing kon vragen, maar werd echter sinds het midden van de 14^e eeuw ook gebruikt indien de machthebber geheel van zijn zaak was verdreven. Dat kon omdat men aannam dat degene die van zijn onroerend goed was verdreven slechts de feitelijke possessie verloor en de *saisine* (de ‘juridische possessie’) behield. Wielant merkt op dat *saisine* een begrip is dat op de rechtsscholen niet onderwezen wordt. Hieruit trek ik de conclusie dat dit begrip in zijn tijd op de universiteiten al helemaal opgegaan was in de Romeinsrechtelijke *possessio*, hoewel het in de praktijk nog bestond. In onze contreien is de vraag gerezen of de *complainte* ook van toepassing was op roerende zaken. In het land van oorsprong, Frankrijk, was dat aanvankelijk wel het geval, maar later heeft men de complainte opgevat als het Romeinsrechtelijk interdict *uti possidetis* en het daardoor alleen van toepassing geacht op roerende zaken. Ik concludeer dan ook dat antwoord op de vraag of de complainte in Frankrijk van toepassing is op roerende zaken afhangt welk standpunt men inneemt. Schrijvers die nadruk leggen op de historische complainte zullen de vraag bevestigend beantwoorden, maar zij die de nadruk leggen op de ontwikkeling van de complainte in het gemene recht zullen een ontkennend antwoord geven.

Bort meent dat in het Rooms-Hollandse recht roerende zaken wél onder het *mandament van complainte* vallen: een aantal schrijvers zou roerende zaken willen uitzonderen, maar dit zou in strijd zijn met het geldende recht. Behalve roerende zaken viel ook quasi-bezit onder de bescherming van het mandament.

Als quasi-bezit achtte men beschermenswaardig persoonlijke rechten, publiek-rechtelijke bevoegdheden in de handel en zelfs rechten die voortvloeiden uit familierechtelijke verhoudingen. De *gewere*-rechtelijke oorsprong komt vooral tot uiting om het stellen van de eis voor een beroep op het mandament. Verder kon volgens Bort ook de huurder zich op de bezitsactie kon beroepen. Het voorgaande toont dat er in het Rooms-Hollandse recht tegenstrijdige opvattingen bestonden over de mogelijkheid van de huurder om te bezitten. Hugo de Groot onkent immers dat de huurder kan bezitten en acht hem hierdoor niet in staat om aanspraak te maken op bezitsbescherming. Het is duidelijk dat men deze opvatting kan handhaven voor de Romeinse bezitsacties, maar zij verdraagt zich slecht met het *mandament van complainte* omdat dit is gebaseerd op een ander bezitsbegrip. De subparagraaf eindigde met een opsomming van de overige kenmerken van de *complainte*.

Paragraaf 2.4 bespreekt het *mandament van maintenue*. Tegenwoordig zouden we het *mandament van maintenue* een kort geding noemen dat dient om de bezitter in zijn bezit te handhaven door een bezitsstoornis te beëindigen of de vrees daarvoor weg te nemen. Na afloop kon men nog verder procederen, hetzij met een bodemprocedure over het bezit, hetzij met een nieuw geding over de eigendom.

Er circuleert een drietal theorieën over de herkomst van het mandament en het daarin gehanteerde bezitsbegrip. De eerste theorie beschouwt Frankrijk als de bakermat van het mandament en meent dat zij op het *saisine*-bezitsbegrip is gebaseerd. De tweede theorie meent dat zij in de Nederlanden ontstond als afsplitsing van het *mandament van complainte*. Beide mandamenten zouden dus op hetzelfde *saisine*-rechtelijke bezitsbegrip zijn gebaseerd. De derde theorie verklaart het ontstaan van het *mandament van maintenue* uit het geleerde recht: in de Italiaanse universiteiten zou men het geding hebben geschapen op basis van het Romeinse bezitsinterdict *uti possidetis*. Men zou er dan ook geen *saisine*-rechtelijk, maar een Romeinsrechtelijk bezitsbegrip in aantreffen.

Onderzoek van de drie theorieën over de herkomst van het *mandament van maintenue* toont aan dat de theorie die zijn oorsprong zoekt in het Franse *saisine*-recht de aannemelijkste is. Het inzicht dat het erin gehanteerde bezitsbegrip niet Romeinsrechtelijk is, helpt ook een andere bepaling over de *maintenue* te ontsluiten. Dit is de bepaling waarin Wielant aangeeft de *maintenue* ook vaak gebruikt wordt door wereldlijke personen en wel *om in het bezit van een zaak te komen*. Vanuit Romeinsrechtelijk bezitsdenken is deze bepaling totaal onbegrijpelijk: een rechtsmiddel dat dient tot handhaving van een bestaand bezit wordt gebruikt om het bezit van een zaak te verkrijgen! Het *saisine*-recht erkende echter twee wijzen van bezit: feitelijk bezit en bezit zonder possessie, voortspruitend uit de rechtsregel dat bezit van rechtswege op de erfgenaam overgaat door de dood van de erflater. Wielant noemt de twee varianten *saisine*

facti en *saisine iuris*. In een andere paragraaf gebruikt hij de term hij *saisine iuris* als synoniem van titel.

Het enkel hebben van *saisine iuris* behelsde een gevaar voor de houder: stelde een ander zich geweldloos in het feitelijk bezit van het goed en liet de houder een jaar verlopen zonder rechtmatige tegenspraak, dan was er sprake van verzwijging en die werd in het Franse recht beschouwd als rechtsverwerking. Het was dus zaak om snel op te treden tegen indringers en daarvoor moet een kort geding zoals de *maintenue* zeer geschikt zijn geweest. Mogelijk is uit de populariteit van het *mandament van maintenue* ook het verval te verklaren van een andere actie waarmee men, onder andere, het bezit van een nalatenschap kan opvorderen: de *simple saisine*. Omtrent de verhouding van de *maintenue* ten opzichte van de *complainte* meen ik dat de rechtsmiddelen verschillende doelen dienden: de *complainte* beschermt de *saisine facti* en wel de variant van jaar en dag, de *maintenue* beschermt de *saisine facti* van minder dan jaar en dag en de *saisine iuris*. Deze doelen heeft de *maintenue* gemeen met de *simple saisine*. Ik kom dan ook tot de slotsom dat het *mandament van maintenue* oorspronkelijk gebaseerd was op *saisine*.

Tenslotte stelde ik de vraag aan de orde of dit *saisine*-rechtelijke bezitsbegrip stand heeft kunnen houden in de Noordelijke Nederlanden na de periode die de literatuur wel aanduidt als de hoofdreceptie van het Romeinse recht: de periode vanaf het eind van de 15^e eeuw tot de 18^e eeuw. Het is mogelijk deze vraag te beantwoorden door te onderzoeken wat de juridische positie is van van de erfgenaam die nog niet de feitelijke macht heeft verkregen over de zaken die de erflater hem naliet. Staat men de erfgenaam toe om gebruik te maken van het *mandament van maintenue*, dan hanteert men kennelijk het *saisine iuris*-begrip van het *gewere*-recht. Weigert men de erfgenaam de *maintenue* omdat hij de zaak eerst nog in bezit moet nemen, dan hanteert men kennelijk het *possessio*-begrip uit het Romeinse recht. Ik onderzocht uitspraken over de *maintenue* van juristen uit een viertal gewesten: Holland, Utrecht, Friesland en Brabant. Het onderzoek toont dat men in deze gewesten het rechtsmiddel niet uniform toepaste: alleen in Brabant komt de toepassing nog overeen met Wielants beschrijving van zijn *saisine*-rechtelijke oorsprong, de andere gewesten tonen een grotere mate van receptie van het Romeinse recht.

3 Het WNH, de Cc en het OBW

‘Met geen minder genoegen zal Zijne Majesteit zijn ontwaar geworden, dat de Kamer *zonder tegenspraak* heeft verlangd, dat bij éénen *Titel* des wetboeks over het *bezitregt* worde gehandeld, en daardoor aangevuld die onbegrijpelijke gaping des Franschen regts, opzigtelijk eene stoffe, welke vooral in een land, waarin zoo vele grondrijksdommen bestaan, als hoogstbelangrijk moet worden beschouwd; - eene gaping welke, zelfs door de blindste aanklevers der Fransche wetgeving, hoogelijk is gelaakt, en onder anderen op eene voortreffelijke wijze is behandeld door den heer HENRION DE PANSEY, een der Kamer-Presidenten, welke in zijn schoon traktaat over de: *Vredegeregten*, op dat stuk, alleen zijne toevlugt heeft genomen tot het Romeinsche regt bij gebrek aan stellige wetsbepalingen; welk Romeinsch regt steeds nog over het bezitrecht, interdicten, verbod om nieuwe werken aan te leggen en dergelijke stoffen, door den regter moet beslist worden.’⁷¹⁷

Minister van Justitie C.F. van Maanen, 3 april 1823

Inleiding

Dit hoofdstuk bevat het verslag van een onderzoek naar de wijze waarop bezit geregeld en beschermd werd in de codificaties die aan ons huidige BW voorafgingen: het Wetboek Napoléon ingerigt voor het Koninkrijk Holland (WNH), de *Code Civil* (Cc), en het Oud Burgerlijk Wetboek (OBW). Het doel van dit hoofdstuk is het bieden van een chronologisch overzicht van de wijze waarop de bezitsregeling en -bescherming in elk van deze wetboeken is geregeld en het uiteenzetten van de beleidskeuzes die daarbij door de respectievelijke wetgevers zijn gemaakt.

De vormgeving van de bezitsregeling en -bescherming van de *Code civil* en het OBW is in hoge mate bepaald door twee invloeden. Zij vormen het onderwerp van de eerste paragraaf van dit hoofdstuk. De eerste invloed is Pothiers *Traité de la Possession*. Dit werk diende als goudmijn voor het delven van voorschriften voor de *Code civil* en het Oud Burgerlijk Wetboek.⁷¹⁸ Daarom wordt aandacht besteed aan de vraag hoe Pothier bezit en bezitsacties uitwerkt. De tweede invloed is de invoering in Frankrijk in 1790 van het ambt van vrede-rechter. Deze rechter diende op grond van redelijkheid en billijkheid te oordelen over, onder andere, bezitsgeschillen. Zijn bestaan stelde de ontwerpers van de

⁷¹⁷ Zie het volledige citaat bij mijn noot 1041.

⁷¹⁸ Zie over Pothiers invloed ook: C.J.H. Jansen, ‘Het verbintenissenrecht in het Wetboek Napoléon ingerigt voor het koninkrijk Holland’ (p. 98-100) in: J.H.A. Lokin e.a. (red.), *Tweehonderd jaren codificatie van het privaatrecht in Nederland*, Groningen: Chimaira 2010.

Code civil in staat een regeling van ‘stellige wetsbepalingen’ over bezitsbescherming achterwege te laten. Het verlangen om die ‘gaping’ te vullen, bracht met zich mee dat de bezitsbescherming voor het OBW van de grond af aan moest worden ontworpen. Maar dit zou problemen veroorzaken met het inpassen van de regeling in de bestaande kaders.

De tweede paragraaf is gewijd aan onze eerste nationale codificatie: het *Wetboek Napoléon ingerigt voor het Koninkrijk Holland*. Het heeft niet lang gegolden en men kan zich afvragen of het erin vastgelegde recht wortel heeft geschoten. Inhoudelijk vertoont het op bezitsgebied verschillen met de *Code civil*, al was het maar omdat het WNH wél een titel wijdt aan *bezit-regt*. Die titel is niet klakkeloos overgenomen uit het Ontwerp Van der Linden. Men kan het WNH daarom op bezitsgebied omschrijven als een ‘nogal zelfstandig wetboek’.⁷¹⁹ Het WNH bevat een bezitsregeling die gebaseerd is op het Romeinse recht, terwijl de wijze waarop de bescherming van bezit plaatsvindt ontleend is aan het *saisine*-recht. Voor het erfrecht eiste het WNH aanvaarding: het nam niet over het beginsel *le mort saisit le vif* van de *Code civil*, dat uitdrukt dat men van rechtswege in het bezit van de nalatenschap gesteld wordt. Anderzijds introduceerde het wel het raadselachtige, aan de *Code civil* ontleende voorschrift voor roerende goederen: ‘bezit geldt als volkomen titel’. Van Oven beschreef dit voorschrift eens als ‘een insluipsel van een vreemde wet, een overblijfsel uit een rechtsstelsel dat eens met het onze saamgeweven was.’ Hij vergeleek de bewoordingen met de uitspraak van een sfynx waaromheen sinds tientallen jaren de Oedipi van het Nederlandse juristendom zwermen, ‘trachtend de oplossing te vinden van het raadsel.’⁷²⁰ In mijn bespreking van de bezitsbescherming van het WNH geef ik een verklaring voor dit voorschrift. Voor de positie van de bezitter van onroerende goederen gold een ander beschermingsregime. In lijn met het Romeinse recht kende WNH de houder geen bezitsbescherming toe.

De derde paragraaf behandelt de *Code civil*. Dat hanteert, in navolging van Pothier, een op het Romeinse recht gebaseerd bezitsbegrip, maar hierop maakt inbreuk het uit het gewoonterecht afkomstige voorschrift *le mort saisit le vif*. De regeling van bezit bevindt zich vrijwel nagenoeg in de verjaringstitel, dus in het kader van de verkrijging van eigendom. Aan een wettelijke regeling van bezitsbescherming bestond geen behoefte omdat die bescherming geboden werd door vrederechters die niet aan de wet gebonden waren. Op dit punt werd dus geen

⁷¹⁹ Ik ontleen de uitdrukking aan Brandsma 2006, p. 246: ‘Uit het voorgaande doemt het beeld op van een nogal zelfstandig wetboek dat weliswaar om dynastieke redenen het wetboek Napoleon tot uitgangspunt moest nemen, maar zijn ondertitel ‘ingerigt voor het Koninkrijk Holland’ volledig waar maakt.’ Zie ook: Brandsma 2010, p. 33 e.v.; Salomons 2010, p. 45 e.v.; Lokin & Zwolve 2006, p. 298-299.

⁷²⁰ Zie het volledige citaat bij mijn noot 840.

stellig recht geschapen en het wetboek bevatte dan ook geen uniforme, nationale regeling op het gebied van bezitsvorderingen. Het enige bezitsbeschermende voorschrift in de Code is het voorschrift dat bepaalt dat *En fait des meubles, la possession vaut titre*. De ontwerpers van de *Code de procédure* hebben na kritiek van de wetgevingssectie van het Tribunaat een titel met ‘enige regels’ opgenomen over de procedure bij de vrederechter. Het betreft een vijftal regels die zijn ontleend aan de ordonnantie van 1667. De *Code civil* volgde Pothier ook ten aanzien van de positie van de houder: die kon geen aanspraak maken op zakenrechtelijke bescherming en kon slechts ageren tegen zijn contractspartner. Inmiddels heeft de Franse wetgever besloten ook de houder van onroerende zaken te beschermen. Deze ontwikkeling valt echter buiten het bestek van mijn onderzoek, dat zich richt op het Franse recht zoals dat tot 1838 in Nederland gold.⁷²¹

De vierde paragraaf stelt de totstandkoming en inhoud van de bezittitel van het OBW centraal. De uiteindelijke vormgeving van de bezittitel was lange tijd onzeker. De eerste commissie die een Ontwerp moest verzorgen heeft nog even gemeend de grondwettelijke opdracht om een nieuw burgerlijk wetboek te vervaardigen uit te kunnen voeren met een bewerking van het WNH. Maar ze verliet dit uitgangspunt nadat ze concludeerde dat de Koning een *oorspronkelijk Nederlands* wetboek wenste. Dit leidde tot Kempers Ontwerp 1816, maar dat werd na de vereniging met de voormalige Oostenrijkse Nederlanden door een Belgische commissie gewogen en te licht bevonden. Kempers aangepaste Ontwerp 1820 kende in de bezittitel slechts wijzigingen van ondergeschikte betekenis: Kemper is de Belgische commissie niet tegemoet gekomen. Die commissie wenste het Franse wetboek als uitgangspunt te nemen en stemde daarom niet in met de daarvan verschillende regelingen van het Ontwerp, zoals toekenning van het *mandament van spolie* aan houders, toepassing van dit man-

⁷²¹ Zwolve 2006, p. 152: ‘In 1975 heeft de Franse wetgever, naar aanleiding van de vernieuwing van het burgerlijke procesrecht, de gelegenheid aangegrepen om een belangrijke vernieuwing te introduceren en in de Code een algemene bepaling over de mogelijkheid tot het instellen van een bezitsactie op te nemen. Aan de Code werden twee nieuwe slotbepalingen toegevoegd die als volgt luiden:

Art. 2282: La possession est protégée, sans avoir égard au fond de droit, contre le trouble que l’affecte ou la menace.

Art. 2283: Les actions possessoires sont ouvertes dans les conditions prévues par le Code de procédure civile a ceux qui possèdent ou détiennent paisiblement.

Zo wordt sinds 1975 niet meer alleen een bezitter in juridische zin door middel van bezitsacties beschermd, maar ook de houder (‘détenteur’). Ten aanzien van roerende zaken evenwel bood de novelle van 1975 niets nieuws: ook nu nog is men van mening dat naast de revindicatie in het Franse recht geen behoefte bestaat aan een andere bescherming van de bezitter ervan.’

Zie ook: Vuye 1995, p. 130 e.v. in het bijzonder p. 132-133 (nr. 123 en 124).

dament op roerende goederen en een erfrecht dat niet op het *saisine*-beginsel gebaseerd was. Nadat ook de Tweede Kamer het Ontwerp 1820 feitelijk verwierp, werd een Commissie van Redactie ingesteld die het Ontwerp moest omwerken. Deze commissie zou Kempers ontwerp ‘vercodeciviliseren’ en pas in haar ontwerpen ziet men de contouren van de bezitstitel van het OBW opdoemen. Maar het is zinvol om stil te staan bij de ontstaansgeschiedenis, onder andere omdat de Commissie het geraamte van Kempers bezitstitel invulde met voorschriften die in de Franse taal waren opgesteld: de Nederlandse vertalingen zijn niet altijd zorgvuldig uitgewerkt. Dit heeft met name in de bezitstitel tot verwarring geleid. De door de Commissie van Redactie gehanteerde vraagpuntenprocedure speelde een belangrijke rol in het rechtvaardigen van belangrijke keuzes zoals de uitsluiting van de ‘zuiver natuurlijke houder’ en de aanvaarding van de stelregel *le mort saisit le vif*. Het commissielid Nicolaï geldt als de ontwerper van de bezitstitel en hij greep hiervoor terug op het werk dat ook grote invloed heeft uitgeoefend op de verjaringstitel van de *Code civil*: Pothier’s *Traité de la Possession*. Hieraan ontleende Nicolaï twee bezitsacties: de *maintenue* en de *réintégrande*. Een zuivere overname van de *réintégrande* werd echter verhinderd: de regering beperkte de reikwijdte namelijk niet tot onroerende goederen, maar achtte de actie ook van toepassing op roerende goederen. Door deze uitbreiding zou deze bezitsvordering, voor wat betreft bezitsverlies, gaan concurreren met de regeling van bezitsverlies van het voorschrift ‘bezit van roerende goederen geldt als titel’ (art. 2014 OBW). Als reactie daarop hevelde de commissie van redactie in haar eindredactie geweldloos bezitsverlies over van de *réintégrande* naar de *maintenue*: dus naar een actie die nadrukkelijk niet van toepassing was op roerende goederen. De *réintégrande* werd hierdoor min of meer ‘uitgekleed’, maar de overheveling veroorzaakte verwarring, omdat hiermee het eenvoudig te begrijpen uitgangspunt prijsgegeven werd dat bij stoornis (*trouble*) de *maintenue* ingesteld diende te worden en bij verlies (*perte*) de *réintégrande*. Daarnaast veroorzaakte de overheveling verwarring over de inhoud van het in de titel gehanteerde bezitsbegrip en over het aantal bezitsacties. De paragraaf eindigt met een bespreking plaats van twee bezitsvorderingen die zich buiten de bezitstitel bevinden: het *mandament van inmissie* en de bezitsactie voor roerende goederen.

Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting en conclusies.

§ 1 De invloed van Pothier en de vrederechters

‘Pothier stond voor de zware taak om het geldende Franse recht van zijn tijd te beschrijven op de basis van de Romeinsrechtelijke teksten. De opzet van zijn *Traité* is voortreffelijk. De possession is een feitelijk iets, dat niets met eigendom te maken heeft. De moeilijkheden rijzen vooral daar waar hij de geldende bezitsacties uiteenzet. Deze waren immers slechts in geringe mate op het Romeinse recht gebaseerd.’⁷²² J.C. van Oven

1.1 Bezit en bezitsacties in Pothiers *Traité de la possession*

De grote invloed die Pothiers *Traité de la Possession* uitgeoefend heeft op de bezitsregeling van de *Code civil* en het OBW maakt dat ik het nodig acht om dit hoofdstuk te beginnen met een uiteenzetting van dit werk. Ik bespreek drie kernpunten: de inhoud van het door Pothier gehanteerde bezitsbegrip, zijn zienswijze op de bescherming van de houder en de door hem behandelde bezitsacties.

1.1.1 Pothiers bezitsbegrip is Romeinsrechtelijk

Pothier meent dat bezit omschreven kan worden als het houderschap van een lichamelijke zaak die we in onze macht hebben, ofwel door onszelf, danwel door iemand die hem houdt voor ons in onze naam.⁷²³

Pothier grondt zijn beschouwingen op het Romeinse bezitsbegrip. Dat blijkt al uit de eerste zin van het eerste hoofdstuk: daarin haalt hij de bezitsomschrijving van Paulus aan en gebruikt haar als basis voor zijn eigen definitie.

⁷²² Van Oven 1958 (*WPNR* # 4537), p. 218, noot 4.

⁷²³ Pothier 1772, p. 3 (nr. 1): ‘On peut la définir la détention d’une chose corporelle que nous tenons en notre puissance, ou par nous même, ou par quelqu’un qui la tient pour nous & en notre nom.’ Dat men volgens Pothier naast lichamelijke zaken ook rechten kan bezitten blijkt uit zijn aanvaarding van quasi-bezit, zie hoofdstuk III, p. 32 e.v. (nr. 38): ‘Les choses incorporelles; c’est-à-dire, celles *quæ in jure consistunt*, ne sont pas susceptibles d’une quasi-possession; *jura non possidentur sed quasi-possidentur*. Cette quasi-possession d’un droit, consiste dans la jouissance qu’en a celui à qui il appartient. (...) En general, la jouissance que j’ai de quelque droit ce soit, en est une quasi-possession. Cette quasi-possession est susceptible de mêmes qualités & des memes vices que la véritable possession.’ Gemakshalve gebruik ik hieronder verder de door Hutteau bewerkte editie van Pothiers *Traité*, omdat hierin verwezen wordt naar de wetsvoorschriften van de *Code civil*. Wat betreft de plaatsing van de bezitsvoorschriften in de titel over verjaring valt een verband te leggen met de tegelijk met dit *Traité* uitgegeven verhandeling over de verjaring die voortvloeit uit het bezit, *Traité de la Prescription qui résulte de la Possession*. De titel van het boek dat beide verhandelingen bevatte luidt: *Traité de la Possession et de la Prescription*.

Pothier ontkent dat er onderscheid bestaat tussen dit Romeinsrechtelijke bezitsbegrip en de *gewere*-rechtelijke *saisine*.

De term '*saisine*' betekent hetzelfde als possessie; (...).⁷²⁴

De gelijkstelling vormt een aanwijzing voor de mate waarin Pothier het Romeinse recht heeft omarmd.⁷²⁵ Zijn gerichtheid op het Romeinse recht beïnvloedt zijn beschrijving van de bezitsacties, zoals die van de *complainte en cas de saisine et nouvelleté*. Terwijl Wielant († 1520) nog nadrukkelijk de *saisine* aanwees als 'basis van deze praktijk, die de nieuwe Advocaten vers van de scholen komende vreemd is om praktizieren' en daarom in zijn werk een behandeling opnam van de verschillen tussen de *possessio* en de *saisine*, leert Pothier († 1772) dat beide bezitsbegrippen overeenkomen.⁷²⁶ Pothier grondt zijn bespreking van de *complainte* op slechts twee rechtsbronnen: de zogeheten koninklijke 'civiele ordonnantie uit april 1667' en bepalingen uit het gewoonterecht van Parijs.⁷²⁷ Beide bronnen gebruiken het woord 'bezit', *possession*: men treft de term *saisine* alleen nog aan in de aanduiding van de actie. Pothiers gelijkschakeling van de bezitsbegrippen valt dus te verdedigen op basis van de tekst van de voorschriften. Toch lijkt de wijze waarop Pothiers tijdgenoten de voorschriften uitleggen erop te wijzen dat men bij deze actie de notie van *saisine* nog niet geheel vergeten was. Zo meen ik uit Jousse's *Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance Civile* (1757) te kunnen opmaken dat voor de *complainte* vereist wordt dat men heeft hetzij een bezit wat Romeinsrechtelijk wel aangeduid wordt als *possessio civilis*, dan wel een bezit dat in termen van *saisine* aangeduid wordt als *saisine facti* of *actuelle*.⁷²⁸ En ook de Ferriere/d'Aramon verwijst in de in 1770 versche-

⁷²⁴ Pothier/Hutteau 1807, p. 52 (nr. 85): 'Le terme de *saisine* signifie la même chose que possession; (...)'. Zie ook hierboven mijn noot 509.

⁷²⁵ Vgl. Jansen 2011, p. 201 die zijn stelling dat Pothier in zijn werk in hoge mate trouw blijft aan de beginselen van het Romeinse recht staft met een citaat uit het proefschrift van Jobbé-Duval: 'Remarquons-le cependant, plusieurs jurisconsultes restèrent fidèles jusqu'à la fin à l'enseignement du Corpus Juris, et à leur tête il convient de citer Pothier.'

⁷²⁶ Ik gaf het citaat van Wielant hierboven weer bij noot 570. Vgl. Pothier/Hutteau 1807, p. 52 (nr. 85): 'C'est pourquoi ces termes, *complainte en cas de saisine et de nouvelleté*, ne signifient autre chose qu'une action dans le cas d'une saisine, c'est-à-dire, d'une possession [cursivering, HHR] que chacune d'elles se plaint de la nouvelleté, c'est-à-dire, du trouble qu'elle prétend que l'autre partie y a apporté.'

⁷²⁷ Pothier/Hutteau 1807, p. 53 (nr. 86). Over de ordonnantie nader Coninck Liefsting 1869, p. 248 e.v.

⁷²⁸ Jousse 1757, p. 256 (Ad. Tit. XVIII, art.1, nr. 3): '(...) Pour donner lieu à la complainte, il ne suffit pas d'une possession; mais il faut une possession Civile ou actuelle.' Zie over de *saisine iuris* en *saisine facti* met betrekking tot de bezitsacties hierboven, p. 170 e.v.

nen *Nouveau Commentaire sur la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris* nog uitdrukkelijk naar de investituur als grondslag voor de actie.⁷²⁹

Volgens Pothier eindigt bezit niet met de dood van de bezitter, maar gaat diens bezit over op de erfgenaam of legataris. De regel *le mort saisit le vif*, die deze overgang bewerkstelligt is echter van Germaansrechtelijke oorsprong en wijkt af van het Romeinse recht.⁷³⁰ Desalniettemin probeert Pothier de regel te gronden op teksten uit het geleerde recht.⁷³¹ Hoe brengt hij nu dit verband aan? Pothier beroept zich met name op de eerste regel van een keizerlijke constitutie over het verkrijgen en behouden van bezit:

De doorluchtige keizers Diocletianus en Maximianus aan Nepotiana. Hoewel het bezit niet door de wil alleen kan worden verworven, kan het door de wil alleen wel worden behouden. Als u derhalve een verlaten bezitting bestaande uit stukken land, in de verstreken periode onbebouwd hebt gelaten zonder de wil deze prijs te geven, maar u onder de dwangsituatie van intimidatie de bewerking ervan hebt uitgesteld, kan er uit het onrecht van de voorbijgegangene tijd geen nadeel voor u ontstaan. *Bekendgemaakt op 11 augustus tijdens het vierde, resp. derde consulaat van de keizers zelf.* [290]⁷³²

⁷²⁹ De Ferriere/d'Aramon 1770, p. 197-198 (Titre IV: *De complainte en cas de faifine & de nouvelleté & simple faifine*): 'Saifine est la poffeffion ou investiture qui a été donnée à celui qui est poffeffeur de quelque heritage, par celui qui avoit droit de la lui donner, comme le seigneur feudal, ou le seigneur censier, & en laquelle il est troublé.' Toch zien we ook in deze bespreking begripsverwarring opdoemen, namelijk ten aanzien van de positie van de erfgenaam die het bezit van de erfflater nog niet feitelijk heeft verworven. Een dergelijke erfgenaam verkreeg aanvankelijk *saisine iuris*, maar geen *saisine facti* (hierboven, p. 170). De Ferriere/d'Aramon probeert echter diens positie te plaatsen als die van civiel bezitter in het Romeinse recht. Doordat het bezit van de erfgenaam op deze wijze losgekoppeld wordt van de *saisine*, en bovendien niet bezien wordt binnen het kader van de actie van de *saisine simple*, maar binnen die van de *complainte*, kan hij slechts concluderen dat het bezit van de erfgenaam op een fictie berust! Zie p. 200-201: 'Il faut excepter la poffeffion civile d'un héritier, laquelle, fans appréhension de fait, fuffit pour former l'action poffeffoire: l'héritier est réputé en poffeffion des biens d'un défunt dès le moment de la mort, en vertu de la regle, *le mort faif le vif*: cette poffeffion est purement civile, & fondée seulement sur une fiction de droit, parce que cet héritier ne poffede pas naturellement & véritablement les choses qu'il n'a pas appréhendées, & qui ne font pas encore venues à sa connoissance. Mais cette poffeffion devient naturelle & civile lorsque l'héritier a appréhendé la fuccelfion du défunt, & est entré en la jouiffance des biens qui la compofent.' Vgl. Jousse 1757, p. 256 (Ad. Tit. XVIII, art. 1, nr. 3): '(...) Ainsi un héritier de celui qui a poffédé, peut intenter la complainte, parce qu'il représente le défunt, & que la poffeffion de son auteur lui fers de poffeffion auffi à lui-même.'

⁷³⁰ Zie hierboven mijn noot 439.

⁷³¹ Pothier/Hutteau 1807, p. 35 (nr. 55).

⁷³² C. 7,32,4. *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Nepotianae*. Licet possessio nudo animo adquiri non possit, tamen solo animo retineri potest. Si igitur desertam prae-diorum possessionem non derelinquendi adfectione transact tempore non coluisti, sed ex

Het hoeft geen betoog dat deze constitutie niets vermeldt over de overgang van bezit van een erfflater: ze ziet louter op het geval waarin iemand dusdanig door een ander geïntimideerd is dat hij zijn land tijdelijk braak heeft laten liggen.⁷³³ Geheel in lijn met de ruime wijze waarop het geleerde recht vaak uitgelegd werd, ziet Pothier echter een algemeen principe besloten in deze tekst. Dit is het principe dat een positieve en formele wil om de zaak te bezitten niet vereist is voor het behoud van een zaak.⁷³⁴ Voldoende is een subjectieve negatieve wil, met andere woorden: de innerlijke wens om het reeds verworven bezit niet te verliezen. Deze wil hoeft niet te worden gesteld, zij wordt verondersteld.⁷³⁵ Pothier grijpt hier terug op het bewijsvermoeden van het voortduren van bezit dat al in de twaalfde eeuw door de glossatoren werd ontwikkeld.⁷³⁶

Nadat Pothier aldus het principe heeft uitgewerkt van voortduur van bezit gegrond op de subjectieve negatieve wil van de bezitter, koppelt hij het vervolgens aan de erfopvolging.

Het is volgens dit principe dat, overeenkomstig de stelregel van ons Franse recht *le mort saisit le vif* [‘de dode stelt de levende in het bezit’, *HHR*], het bezit van alle dingen die een overledene bezat op het tijdstip van overlijden, overgaat vanaf het moment van zijn dood op de persoon van zijn erfgenaam, niet alleen voordat hij de nalatenschap heeft aanvaard, vooropgesteld dat hij haar onmiddellijk aanvaard, maar zelfs voordat hij op de hoogte is gebracht van de dood van de overledene, en hij diens opvolging heeft aanvaard; en dientengevolge voordat hij een positieve wil heeft kunnen hebben om alle dingen te bezitten die de overledene bezat op het tijdstip van overlijden. De reden is, omdat de erfgenaam beschouwd wordt als de voortzetter van de persoon van de overledene, het bezit van alle dingen dat overgaat op die erfgenaam, slechts de voortzetting is van het bezit dat de overledene had; de erfgenaam bewaart en bestendigt dat bezit, in plaats van dat hij het verwerft, en voor hem bestaat er derhalve geen noodzaak om een positieve wil te hebben om elk van die dingen in zijn bezit te verkrijgen (Code civil, art. 724).⁷³⁷

metus necessitate culturam eorum distulisti, praeiudicium tibi ex transmissi temporis iniuria generari non potest. *PP k. Aug. ipsis IIII et III AA. Cons.*

⁷³³ Het laatste is van belang: de dwingeland heeft het land ook zelf niet bebouwd en zodoende inbezitgenomen, in een dergelijk geval was er vanzelfsprekend sprake van een andere casuspositie.

⁷³⁴ Pothier/Hutteau 1807, p. 36 (nr. 56): ‘Notre principe que pour retenir la possession d’une chose, il n’est pas nécessaire d’avoir une volonté positive et formelle de la posséder, ne peut être révoqué en doute.’

⁷³⁵ Pothier/Hutteau 1807, p. 35 (nr. 55): ‘Cette volonté de retenir la possession se suppose toujours, tant qu’il ne paroît pas une volonté contraire bien marquée.’

⁷³⁶ Zie mijn noot 498. Reeds Bruns wees op de Germaansrechtelijke oorsprong van dit vermoeden.

⁷³⁷ Pothier/Hutteau 1807, p. 36 [nr. 57, maar abusievelijk 67 genummerd in mijn editie, *HHR*]: ‘C’est conformément à ce principe que, suivant la maxime de notre droit Français *le mort saisit le vif*, la possession de toutes les choses qu’un défunt possédoit au

Pothiers zienswijze is overgenomen door de samenstellers van de Franse *Code civil*.⁷³⁸ Zij gaven de regel een ruimere werking: hij gold niet slechts voor de overgang van het bezit van de goederen van de erflater te gebruiken, maar voor diens gehele vermogen.⁷³⁹ Met de aanvaarding van deze redactie door het Wetgevend Lichaam op 29 april 1803 heeft de stelregel *le mort saisit le vif* ingang gevonden naar art. 724 *Code civil*.⁷⁴⁰ In dit voorschrift wordt een erfgenaam van rechtswege in het bezit gesteld en verkrijgt hij toegang tot de bezitsacties die aan de erflater ten dienste stonden.

temps de sa mort, passe dès l'instant de sa mort en la personne de son héritier, non-seulement avant qu'il ait accepté la succession, pourvu qu'il l'accepte par la suite, mais même avant qu'il ait eu connoissance de la mort du défunt, et que sa succession lui ait été déférée; et par-conséquent avant qu'il ait pu avoir une volonté positive de posséder les choses que le défunt possédoit lors de sa mort. La raison est, que l'héritier étant regardé comme la continuation de la personne du défunt, la possession de toute ces choses qui passe à cet héritier, n'est que la continuation de celle qu'avait le défunt; l'héritier conserve et retient cette possession plutôt qu'il ne acquiert, et il n'a pas besoin par-conséquent pour cela d'avoir une volonté positive de posséder toutes ces choses (*Code civil*, article 724).’ Zie ook p. 64, nr. 111.

⁷³⁸ Zie Fenet 1827 (XII), p. 6; 108; 136; 138-139; 165-166; 217 (sub 2); 218; 220-221 (zie over de stelregel ook p. 392 e.v.; 432; 492; 556-558; 608). Verder gebruikte tribunaal Siméon in zijn uiteenzetting voor het Wetgevend Lichaam het principe van voortduur van bezit, gegrond op de door Pothier aangehaalde keizerlijke constitutie, zie p. 216.

⁷³⁹ Vgl. Asser/Meijers 1941, p. 237: ‘Deze onmiddellijke overgang betrof nochtans oorspronkelijk alleen de rechten van de erflater, niet diens schulden. Volgens de oud-Germaanse rechtsopvatting gingen schulden niet op de erfgenamen over, de schuldeisers van de erflater hadden na diens overlijden slechts een recht van verhaal op de door hem nagelaten goederen. Ook in later tijd, toen wel een opvolging in de schulden werd erkend, bleef men aarzelen om de overgang aan het enkele feit van overlijden van de erflater te verbinden; men beschouwde de overgang van de schulden veeleer als een gevolg van de aanvaarding en de in verband daarmee plaats vindende vermenging van de boedel van de erflater met die van de erfgenaam. Eerst in de 17^{de} en 18^{de} eeuw ziet men in Frankrijk de mening veld winnen, dat het gehele vermogen van de erflater – baten en schulden – onmiddellijk met diens dood op de erfgenamen overgaat. Ook de *Code civil* heeft zich in art. 724 op dit standpunt gesteld.’ Vgl. Zwalm 1995, p. 140 e.v.

⁷⁴⁰ Art. 724 Cc. luidt: De wettige erfgenamen treden van rechtswege in het bezit der goederen, regten en actiën van den overleden, onder de verplichting om alle de lasten der nalatenschap te voldoen: de onechte kinderen, de overblijvende echtgenoot, en de staat, moeten door den regter in het bezit gesteld worden, op zoodanige wijze, als nader al bepaald worden. *Les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession: les enfans naturels, l'époux survivant et la République, doivent se faire envoyer en possession par justice dans les formes qui seront déterminées.* Ik ontleen de vertaling aan Van der Linden & d'Engelbronner 1810, p. 142. Zie ook art. 1004 Cc.

1.1.2 Pothier en de bescherming van de houder

Pothier onderscheidt scherp tussen bezit en eigendom, geheel in lijn met het Romeinse recht. Hij leidt zijn betoog zelfs in met Ulpianus' uitspraak dat eigendom niets met bezit gemeen heeft, *nihil habet proprietatis cum possessione commune*.⁷⁴¹ Verder erkent Pothier bloot-houderschap niet als bezit. Bezit kan zich volgens hem slechts voordoen in twee gedaanten.⁷⁴² De eerste noemt hij *civil bezit*, dat wil zeggen bezit waarin de bezitter beschikt over een titel en de wil heeft dit bezit voor zichzelf uit te oefenen.⁷⁴³ De tweede gedaante duidt hij aan als *natuurlijk bezit*.⁷⁴⁴

De aanduiding 'natuurlijk bezit' kan gemakkelijk verwarring oproepen: het ligt voor de hand om haar te zien als vertaling van de term *naturalis possessio*. Die term wordt vaak gebruikt om de heerschappij over een zaak aan te duiden van personen die in het Romeinse recht geen bezitsbescherming konden inroepen en niet konden verjaren, zoals slaven, huurders, bewaarnemers, leners etc.⁷⁴⁵

Dit is echter niet de manier waarop Pothier de term gebruikt: hij reserveert hem voor een viertal specifieke bezitssituaties. De eerste bezitssituatie is de zogeheten *possessio pro possessore*, deze term duidt aan dat de bezitter niet in staat is om enige goede grondslag voor zijn bezit aan te voeren. Tijdsverloop

⁷⁴¹ Pothier/Hutteau 1807, p. 1 (Chapitre Préliminaire): 'Quoique la possession n'ait rien de commun avec le domaine de propriété: *Nihil habet proprietatis cum possessione commune*. L. 12 § 1, ff. de acq. poss., [= D. 41,2,12,1, HHR] (...) De tekst luidt: Eigendom heeft met bezit niets gemeen. Om die reden wordt het interdict 'Zoals gijlieden bezit' niet geweigerd aan degene die ermee begonnen is een zaak met de eigendomsactie op te eisen: wie de zaak met de eigendomsactie heeft opgeëist, wordt immers niet geacht het bezit te hebben opgegeven. *Nihil commune habet proprietatis cum possessione: et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare: non enim videtur possessioni renuntiasset, qui rem vindicavit*.

⁷⁴² Pothier/Hutteau 1807, p. 8 (nr. 6): 'Il y a deux principales espèces de possession; la possession civile et la possession purement naturelle.' Vgl. Middelberg 1953, p. 96 e.v.

⁷⁴³ Pothier/Hutteau 1807, p. 8 (nr. 6): 'La possession civile est la possession de celui qui possède une chose comme à lui appartenante en propriété, soit qu'il en soit effectivement le propriétaire, soit qu'il ait seulement quelque just sujet de croire l'être: *Possessio animo dominantis*. Pour qu'une possession soit possession civile, il faut qu'elle procède d'un just titre; c'est-à dire, d'un titre qui soit de nature à transférer la propriété, tels que le titre de vente, d'échange, de donation, etc. soit que ce titre ait effectivement transféré la propriété de la chose au possesseur, soit que, par défaut de pouvoir aliéner dans celui de quile possesseur tient la chose à ce titre, le titre lui ait seulement donné un juste sujet de se croire le propriétaire de la chose.'

⁷⁴⁴ Pothier/Hutteau 1807, p. 10 (nr. 10): 'Passons à la possession purement naturelle. Il y en a plusieurs espèces.'

⁷⁴⁵ Zie bijv. Van Oven 1948, p. 199 (§ 60).

kan dit natuurlijk bezit doen omvormen in civiel bezit.⁷⁴⁶ De tweede bezits-situatie vloeit voort uit kwade trouw: wanneer een verkrijger weliswaar een geldige titel van eigendomsoverdracht aan zijn bezit ten grondslag kan leggen, maar te kwader trouw was omdat hij weet had van het gegeven dat de vervreemder niet bevoegd was om de zaak te vervreemden is er eveneens sprake van ‘natuurlijk bezit’.⁷⁴⁷ De derde situatie waarin sprake is van ‘natuurlijk bezit’ is die waarin de titel van een eigendomsoverdracht van het begin aan af heeft ontbroken of naderhand vernietigd is.⁷⁴⁸ Tenslotte bestempelt Pothier als ‘natuurlijk bezit’ het bezit van de zogeheten bezitter uit andermans naam, *possessor alieno nomine*, d.w.z. de bezitter die wel bezit op grond van een geldige titel heeft, maar toch geen civiel bezitter is omdat hem de wil ontbreekt om de zaak voor zichzelf te houden.⁷⁴⁹ Pothier noemt vier gevallen: de pandhouder, de vruchtgebruiker, de sequester en de precarist.⁷⁵⁰

Uit Pothiers overzicht van natuurlijke bezitters blijkt dat de bloot-houder, *nudus detentor*, niet deel van deze groep uitmaakt. Pothier waarschuwt zelfs nadrukkelijk dat men hem niet als bezitter moet aanmerken: een huurder, bewaarnemer, lener etc. heeft geen bezit, slechts puur houderschap, *mera custodia*.⁷⁵¹ Personen met louter houderschap kunnen geen bezitsbescherming inroepen.⁷⁵²

⁷⁴⁶ Pothier/Hutteau 1807, p. 10 (nr. 10): ‘Quoique le possesseur ne produise aucun titre de sa possession, lorsqu’elle a duré un temps assez considérable pour en faire présumer un, ne paroissant d’ailleurs aucun vice dans cette possession, on ne la doit regarder comme absolument déstituée de titre, étant censée procéder d’un titre présumé; elle est en consequence une possession civile, et non une possession purement naturelle (Cod. Civ., art. 2262 Cc).

⁷⁴⁷ Pothier/Hutteau 1807, p. 10 (nr. 11), met verwijzing naar artt. 2262 & 2268 Cc.

⁷⁴⁸ Pothier/Hutteau 1807, p. 10-11 (nr. 12), met verwijzing naar art. 2267 Cc.

⁷⁴⁹ Pothier/Hutteau 1807, p. 11 (nr. 13), met verwijzing naar art. 2236 Cc.

⁷⁵⁰ Pothier/Hutteau 1807, p. 11-12 (nr. 13).

⁷⁵¹ Pothier/Hutteau 1807, p. 13 (nr. 15): ‘Il ne faut pas confondre avec la possession naturelle, la détention de ceux qui détiennent une chose pour un autre, et au nom d’un autre; tels que sont des fermiers, des locataires, des dépositaires, des emprunteurs, ou commodataires; la détention qu’ont ces personnes de la chose qui leur a été louée ou donnée en depot, ou prêtée, n’est qu’une pure detention, *mera custodia*, et n’est pas même une possession naturelle; (...)’

⁷⁵² Zie over het door de glossatoren ontwikkelde bewijsvermoeden dat de detentor bezitter is, hierboven, p. 135. Omdat de samenstellers van de Code civil Pothiers bezitsleer hebben gevolgd kunnen detentoren geen aanspraak maken op het bewijsvermoeden van art. 2230 Cc dat luidt: Men wordt altijd verondersteld voor zich zelven, en als eigenaar te bezitten, ten ware bewezen werd, dat men zijn bezit voor een ander begonnen heeft. *On est toujours présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire, s’il n’est prouvé qu’on a commencé à posséder pour un autre.* Dit bewijsvermoeden legt de nadruk op twee kenmerken van civiel bezit: de titel en de wil om voor zichzelf te houden, *animo dominantis*. Een natuurlijk bezitter kan dit vermoeden inroepen, maar een zuivere houder niet omdat hij niet als bezitter aangemerkt wordt. Vgl. Fenet 1836 (XV), p. 579-580.

Civielrechtelijk zijn zij voor de bescherming van hun feitelijke heerschappij afhankelijk van degene met wie zij een rechtsbetrekking hebben.⁷⁵³

1.1.3 Pothier noemt drie bezitsacties

Volgens Pothier verschaft het bezit, hoewel het niet beschouwd mag worden als een recht op de zaak zelf, aan degene die de zaak bezit desalniettemin een tweetal rechten.⁷⁵⁴ Dat is ten eerste het recht om als eigenaar te gelden zolang de werkelijke eigenaar zich niet bekendmaakt en niet protesteert. Pothier koppelt dus het vermoeden van eigendom aan bezit.⁷⁵⁵ Ten tweede mag de bezitter aanspraak maken op rechtsmiddelen om zich in dat bezit te handhaven, zodra hij daarin gestoord wordt, of om zich in dat bezit te laten herstellen, wanneer hij ervan ontdaan is. Iedere bezitter kan aanspraak maken op deze twee rechten. Een bezitter die tevens te goeder trouw is en beschikt over een geldige titel kan bovendien na het verstrijken van een zekere termijn het goed door verjaring in eigendom verkrijgen.⁷⁵⁶

Als rechtsmiddelen voor de bescherming van bezit van onroerende goederen noemt Pothier als eerste het aan de eigenaar en verjaringsbezitter toekomende recht om de zaak op te eisen, te revindiceren.⁷⁵⁷ Hij stelt de Romeins-

⁷⁵³ Dit wordt door Hutteau fraai verwoord in een noot op Pothiers uitwerking van de réintégrande (*actio spoli*), een actie die *nota bene* oorspronkelijk het kenmerk had dat zij ingeroepen kon worden door zowel bezitters als detentoren! Pothier/Hutteau 1807, p. 66, noot 38: 'Le fermier ne peut être demandeur en réintégrande, parce qu'il n'a encore aucune possession en son nom, qu'il ne jouit pas à titre propriétaire, qu'il jouit au contraire pour un tiers qu'il reconnaît comme propriétaire. Ainsi, le fermier ne peut exercer en son nom l'action possessoire, d'après l'article 2228 du Code civil, et d'après l'art. 23 du Code de la Procédure civile, qui l'interdit à tous ceux qui ne jouissent que précairement; aussi est-ce par ce motif que l'art. 1768 enjoint au fermier, sous peine de dommages et intérêts, d'avertir, dans un court délai, le maître, des usurpations qui peuvent être commises sur la propriété.'

⁷⁵⁴ Pothier/Hutteau 1807, p. 4-5 (nr. 3): 'Quoique la possession ne soit pas un droit dans la chose, elle donne néanmoins au possesseur plusieurs droits, par rapport à la chose qu'il possède.

1^o. Elle l'en fait réputer le propriétaire, tant que le véritable propriétaire ne se fait pas connaître, et ne la réclame pas (Cod. civ. art. 2230, 2268).

2^o. La possession donne au possesseur des actions pour s'y faire maintenir, lorsqu'il y est trouble; ou pour se faire restituer, lorsqu'il en a été dépouillé (Cod. civ., art. 2243 et 23 du Code de la Procédure civile).'

⁷⁵⁵ Vgl. hierboven, p. 134 en art. 2230 Cc.

⁷⁵⁶ Pothier/Hutteau 1807, p. 5 (nr. 3): Un troisième effet de la possession quie est particulier à celle qui procède d'un juste titre, et qui est de bonne foi, est qu'elle fait acquérir au possesseur, au bout d'un certain temps qu'elle a duré, le domaine de la chose qu'il possède; c'est ce qu'on appelle le droit d'usucapion ou prescription, dont nous traiterons dans un traité qui doit suivre celui-ci (Code civil, art. 2265).

⁷⁵⁷ Pothier/Hutteau 1807, p. 50-51 (nr. 83).

rechtelijke eigendomsactie, *revindicatio*, op één lijn met de opeisingsactie van de verjaringsbezitter, *actio Publiciana*.⁷⁵⁸ Ik laat een bespreking van deze *revindicatio* achterwege en beperk mij tot de rechtsmiddelen die volgens Pothier aan iedere bezitter toekomen: de *complainte en cas de saisine et nouvelleté* en de *action de réintégrande*. Daarnaast behandelt hij nog de *complainte en matière de bénéfices*. Hoewel deze benamingen vertrouwd zullen aandoen is een waarschuwing vooraf op zijn plaats: ik zal uiteenzetten dat Pothier, door zijn gerichtheid op het bezitsbegrip en de bezitsacties van het Romeinse recht, de oude acties voorziet van een geheel nieuwe inhoud. Inhoudelijk is er dus sprake van ‘nieuwe wijn in oude zakken’. Dat hij de van oorsprong *saisine*-rechtelijke acties Romeinsrechtelijk wenst te duiden wordt al duidelijk door de wijze waarop hij zijn behandeling van de acties aankondigt.

De bezitter, wie het ook moge zijn, moet ook een actie hebben om in zijn bezit gehandhaafd te worden, wanneer hij door iemand gestoord wordt; en een om erin hersteld te worden, wanneer iemand hem met geweld uit zijn bezit zet. De actie die een bezitter van een onroerend goed in het Romeinse recht had, wanneer hij gestoord werd in zijn bezit, heet *interdictum uti possidetis*: hij had een ander wanneer hij uit zijn bezit gezet was, die heette *interdictum de vi*, anders gezegd *unde vi*. Ons Franse recht geeft eveneens aan de bezitter, wie het ook moge zijn, voor het ene en voor het andere geval, een actie die men *complainte* noemt. Wanneer de bezitter haar instelt in het geval hij in zijn bezit is gestoord, heet ze *complainte en cas de saisine et nouvelleté*. Wanneer hij haar instelt in het geval waarin hij met geweld uit zijn bezit is gezet heet zij *complainte pour force* of *pour désaisine*; anders gezegd *action de réintégrande*. Wij behandelen het ene en het andere geval in afzonderlijke secties. We voegen een derde sectie toe voor de *complainte* met betrekking tot prebendes [kerkelijke bezittingen, *HHR*].⁷⁵⁹

⁷⁵⁸ Pothier/Hutteau 1807, p. 51 (nr. 83) met een verwijzing naar zijn *Traité du Droit de Domaine de Propriété*, nr. 292 e.v. In nummer 292 lezen we: ‘Quoique régulièrement l’action de revendication d’une chose n’appartienne qu’à celui qui en est propriétaire, on l’accorde néanmoins quelquefois à celui qui n’en est le propriétaire, mais qui étoit en chemin de le devenir lorsqu’il en a perdu la possession. Car si celui qui possédoit de bonne foi, en vertu d’un juste titre, une chose dont il n’étoit pas propriétaire, en a perdu la possession avant l’accomplissement du temps requis pour la prescription, il est reçu, quoiqu’il ne soit propriétaire de cette chose, à la revendiquer par l’action de revendication contre ceux qui se trouvent la posséder sans titre. Cette action est celle qui est appelée en Droit *actio publiciana*: elle est fondée sur l’équité, qui veut que celui qui étoit le juste possesseur d’une chose, & qui, quoiqu’il n’en fût pas encore le propriétaire, étoit en chemin de le devenir, soit préféré pour avoir cette chose, lorsqu’il en a perdu la possession, à un usurpateur qui s’en est mis injustement en possession.’

⁷⁵⁹ Pothier/Hutteau 1807, p. 51 (nr. 84): ‘Le possesseur, quel qu’il soit, doit aussi avoir une action pour être maintenue dans sa possession, lorsqu’il y est troublé par quelqu’un: et pour y être rétabli, lorsque quelqu’un l’en a dépossédé par violence. L’action qu’avoit par le droit romain le possesseur d’un héritage, lorsqu’il étoit troublé dans sa posses-

De complainte en cas de saisine et nouvelleté

De complainte dient ter bescherming van het bezit van onroerende zaken, van quasi-bezit en algemeenheden van roerende goederen.⁷⁶⁰ Ik vermeldde al dat Pothier *saisine* gelijkstelt aan de Romeinsrechtelijke *possessio*. Uit het hierboven opgenomen fragment blijkt verder dat hij de complainte gelijkstelt aan het interdict *uti possidetis*. Deze werkwijze heeft drie belangrijke consequenties.

Ten eerste krijgt een grotere groep bezitters toegang tot de actie. Oorspronkelijk volstond niet elk bezit, maar moest er sprake zijn van *saisine facti* gedurende jaar en dag.⁷⁶¹ Daarentegen neemt het klassieke Romeinse recht bezitsverkrijging aan zodra sprake is van feitelijke heerschappij, *corpus*, en bezitswil, *animus*. De notie van ‘jaar en dag’ bewerkstelligt haar oorspronkelijke taak niet meer: het omzetten van een *saisine* in een *vraie saisine*. Het lijkt daarvoor een zinloos wormvormig aanhangsel uit een eerdere levensfase. Toch houdt Pothier vast aan handhaving van de termijn, zich opnieuw baserend op het Romeinse recht. De wijze waarop hij de verbinding tussen beide rechten totstandbrengt is elegant: Pothier koppelt de termijn waarbinnen men een bezitsinterdict in het Romeinse recht moest aanvragen – een processueel jaar – aan de Germaansrechtelijke ‘verzwijging’ van ‘jaar en dag’. Anders gezegd: na het verstrijken van een jaar, dat wil zeggen één dag erna, gaat het oorspronkelijk bezit teloor en valt het in de handen van degene die zich ten koste van de voormalige bezitter in het bezit heeft gesteld. Deze redenering bevat echter een weeffout: ze stelt voor de bezitsverkrijging van onroerende zaken nog een *derde* vereiste

sion, s'appeloit *interdictum uti possidetis*: il en avoit une autre lorsqu'il avoit été dépossédé par violence, qui s'appeloit *interdictum de vi*, autrement *unde vi*.

Notre droit français donne aussi au possesseur, quel qu'il soit, pour l'un et pour l'autre cas, une action qu'on appelle *complainte*. Lorsque le possesseur l'intente pour le cas auquel il est trouble dans sa possession, elle s'appelle complainte en cas de saisine et nouvelleté. Lorsqu'il l'intente pour le cas auquel il a été dépossédé par violence, elle s'appelle complainte pour force ou pour désaisine; autrement action de réintégrande. Nous traiterons de l'un et de l'autre en cas en des sections séparées. Nous ajouterons une troisième section sur la complainte en matière de benefices.' Vgl. de Pansey 1822, p. 357 e.v. Bij ons gingen de romanisten Goudsmit en Opzoomer nog verder dan Pothier in de gelijkstelling van de rechtsmiddelen, zij het dat ze impliciet toegaven dat óók roerende zaken vielen onder de complainte en cas de saisine et de nouvelleté (vgl. voor Pothier hieronder, p. 213): 'Eveneens was het in het oudere Fransche recht; met het interdictum uti possidetis en utrubi kwam overeen de complainte en cas de saisine et nouvelleté, met het interdict unde vi de réintégrande. Dezelfde beginsels golden als in het Romeinsche.' Goudsmit en Opzoomer 1844, p. 259.

⁷⁶⁰ Pothier/Hutteau 1807, p. 51-52 (nr. 85); p. 54 (nr. 88); p. 56 (nr. 93).

⁷⁶¹ Zie hierboven het citaat uit Wielant bij noot 595.

náást het *corpus* en het *animus*: het ongestoorde bezit van jaar en dag.⁷⁶² Ze is onverenigbaar met Pothiers eerdere uiteenzetting gebaseerd op het Romeinse recht, waarin hij voor bezitsverkrijging slechts feitelijke heerschappij en bezitswil eist.⁷⁶³ Door het stellen van de aanvullende eis van bezit van ‘jaar en dag’ vermengt Pothier een element van het *saisine*-recht met het Romeinse interdictenrecht waardoor een geheel nieuwe regel ontstaat!⁷⁶⁴

De tweede consequentie van het gelijkstellen van de complainte aan het interdict *uti possidetis* is dat bloot-houders worden uitgesloten van de actie. Volgens Pothier kunnen personen met louter houderschap, *mera custodia*, geen

⁷⁶² Zie Pothier/Hutteau 1807, p. 60 (nr. 102), waar Pothier de bezitsstoring bespreekt: ‘Lorsque je suis ainsi troublé dans la possession que j’ai d’un héritage, je ne dois pas laisser passer l’année depuis le trouble, sans former la complainte contre celui qui a fait le trouble, ou sans m’opposer de fait à son entreprise; *putà*, en détruisant ce qu’il a fait sur mon héritage: autrement, *comme la possession s’acquiert en jouissant par an et jour sans trouble, il pourroit prétendre avoir acquis la possession de l’héritage, par la jouissance qu’il en auroit eue sans trouble par an et jour* [cursivering, HHR].’ Vgl. p. 325 (nr. 52): ‘Cette action [de *complainte*, HHR] doit s’intenter dans l’année du trouble; autrement si je ne m’y oppose, soit de fait, soit en formant la complainte dans l’an et jour, celui qui a fait l’entreprise acquerra contre moi la possession; *car on acquiert possession en jouissant sans trouble par an et jour* [cursivering, HHR]. In dezelfde zin Pothier 1821 (*Traité de la procédure civile*), p. 132-133 : ‘Inutilement l’une des parties auroit-elle possédé pendant beaucoup d’années auparavant; si c’est l’autre partie qui a possédé pendant l’année qui a précédé immédiatement le trouble, ce sera cette partie qui doit être déclarée en possession; car la possession s’acquiert par la jouissance d’an et jour. *Coûtume d’Orléans, art. 486.*’ In dezelfde zin Bourjon 1770 (II), p. 510 (nr. XI): ‘Pallons au terme pour ce nécessaire. *La possession à ce titre, c’est-à-dire, à titre de propriétaire, doit avoir duré un an & jour & sans trouble, sans cela il n’y auroit pas lieu à la complainte, parce que ce n’est qu’après ce terme qu’on est regardé comme ayant une possession civile* [cursivering, HHR], (...)’. Deze opvatting is voor de bezitsacties veralgemeeniseerd in het Franse wetboek voor burgerlijke rechtsvordering, *Code de la Procédure civile*, in art. 23 van de vierde titel: Les actions possessoires ne seront recevables qu’autant qu’elles auront été formées dans l’année du trouble, par ceux qui, *depuis une année au moins* [cursivering, HHR], étaient en possession paisible par eux ou les leurs, à titre non précaire. Pothier/Hutteau 1807, p. 57-58, noot 34. Vgl. Coninck Liefsting 1869, p. 249 (met lit. opg.). De tegenstelling tussen Frans recht van Germaanse afkomst versus Romeins recht speelde wederom bij het Ontwerp voor het BW 1830. Zie Van Hall 1828, p. 129 e.v. (vraag IX).

⁷⁶³ Pothier/Hutteau 1807, p. 26 (nr. 39): ‘Pour acquérir la possession d’une chose, il faut la volonté de la posséder (15), jointe à l’appréhension de cette chose: *Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore*. L. 3, § 1, ff. *de acquir. posses.* [= D. 41,2,3,1 HHR]. (Cod. civ., art. 2228, 2229).’

⁷⁶⁴ Vuye 1995, p. 101 (nr. 89) schrijft ‘Op deze Romeinsrechtelijke basis zal echter de Germaansrechtelijke weer of gewere geënt worden en dit geeft aanleiding tot het ontstaan van de categorie annaal bezit.’ Hiermee kan ik mij niet verenigen, omdat Vuye mijns inziens hier de geschiedenis omdraait. Eerder wordt op basis van de Germaansrechtelijke *gewere* de Romeinsrechtelijke *possessio* geënt en dat geeft aanleiding tot het vraagstuk van annaal bezit. Vuye’s gebruik van de metafoor ‘enten’ (aan Derrida ontleend), spreekt mij aan: het maakt de gang van zaken aanschouwelijk.

beroep doen op de *complainte*.⁷⁶⁵ Het Germaansrechtelijke bezitsbegrip dat het trekken van nut uit de zaak centraal stelt wordt door Pothier vervangen door het aan de *saisine* wezensvreemde onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten uit het Romeinse recht.

Het derde gevolg vloeit voort uit de opname in de *complainte* van het verweer van gebrekkig bezit uit het interdict *uti possidetis*. Het *gewere*-recht kende als uitgangspunt dat slechts een rechterlijke uitspraak inbreuk op de gevestigde bezitsorde kon rechtvaardigen. Het Romeinse recht kende daarentegen een beperkte mogelijkheid van eigenrichting door het verweer van gebrekkig bezit.⁷⁶⁶ De opname van dit verweer in de *complainte* bewerkstelligde dat de bezitter die zijn bezit gebrekkig verkreeg, d.w.z. met geweld, heimelijk of ter bede⁷⁶⁷, de actie niet kan instellen tegen degene jegens wie hij gebrekkig bezit, wèl tegen derden.⁷⁶⁸ De opname stelt de voormalige bezitter dus in staat om ongestoord eigenrichting te plegen tegen degene die jegens hem gebrekkig bezit: wordt hij vervolgens aangesproken, dan kan hij zich nu verweren.

De complainte en matière de bénéfices

De *complainte en matière de bénéfices* is, kort en goed, specifiek bedoeld voor de geestelijke die een kerkelijke bezitting, een zogeheten prebende, in bezit heeft genomen en vraagt in dit bezit beschermd te worden tegen een andere geestelijke.⁷⁶⁹

Van Rhee betoogt dat deze *complainte* overeenkomt met de *maintenue* met betrekking tot beneficiale zaken, zoals we die bij Wielant tegenkwamen.⁷⁷⁰ Hij

⁷⁶⁵ Pothier/Hutteau 1807, p. 59 (nr. 100): 'La complainte ne pouvant être formée que par celui qui a la possession, elle ne peut être formée par les détenteurs qui ne détiennent l'héritage que pour un autre, et en son nom, tels que sont des fermiers et locataires.'

⁷⁶⁶ Zie hierboven, p. 138 e.v. (§ 1.4.4).

⁷⁶⁷ Vgl. over de vervanging van het voor de rechte weer vereiste bezit van jaar en dag door het vereiste van niet-gebrekkig bezit de opmerkingen van Coninck Liefsting en Asser, geciteerd in mijn noot 612.

⁷⁶⁸ Pothier/Hutteau 1807, p. 57 (nr. 96): 'Il faut excepter de cette règle ont usurpé leur possession, soit par violence, soit par des voies clandestines, ou dont la possession est précaire, lesquels ne sont pas fondés à former contre des tiers. C'est ce qu'enseigne Ulpian: *Quod ait prætor in interdicto: NEC VI NEC CLAM NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO POSSIDEBIT, hoc eo pertinent: ut si quis possidet vi aut clam aut precario; si quidem ab alio, prosit possession; si vero ab adversario suo, non debeat eum, propter hoc quod ab eo possidet, evincere; has enim possessiones non debere proficere palam est*. L. 1, §. fin. d. tit. [= D. 43,17,3,1,9: zie over dit citaat van Ulpianus nader mijn p. 137, HHR] (Code civil, article 2233).

⁷⁶⁹ Pothier/Hutteau 1807, p. 74 (nr. 134).

⁷⁷⁰ Van Rhee 2003, p. 156: In my opinion, the action known as (ecclesiastical) *maintenue* in the Low Countries was considered to be a particular type of *complainte* in France.

wijst erop dat de acties op twee punten gelijkenissen vertonen: beide acties vereisen een titel en voor beide acties volstaat het enkele bezit: bezit van jaar en dag was niet vereist. Van Rhee acht het daarom zeer waarschijnlijk dat de twee acties elkaars equivalent zijn.⁷⁷¹ Ik acht zijn conclusie aannemelijk, al plaats ik een vraagteken bij de wijze waarop hij zijn stelling onderbouwt dat het enkele bezit volstaat bij de *complainte en matière de benefices*. Van Rhee grondt die stelling namelijk louter op Pothier.⁷⁷² Gezien de grote verschillen in opvatting omtrent bezit die tussen Wielant en Pothier, met name Pothiers volledige gelijkstelling van de *saisine* met de Romeinsrechtelijke *possessio*, lijkt me het gebruik van deze bron niet beslissend. Zoals ik hierboven uiteenzette is, ten gevolge van Pothiers eliminatie van de notie van de *rechte gewere*, de termijn van jaar en dag feitelijk zinloos geworden: het gegeven dat dat Pothier er niet aan refereert moet niet overschat worden en heeft mijns inziens slechts een beperkte bewijskracht. Ik laat een verdere behandeling van de *complainte en matière de bénéfices* achterwege omdat deze actie alleen van historisch belang is: zij heeft, althans voor zover ik kan overzien, geen invloed gehad op het Nederlandse burgerlijk recht.

De action de réintégrande

Pothier vergelijkt de *action de réintégrande* met het interdict ‘Vanwaar met geweld’, *unde vi*.⁷⁷³ De *réintégrande* kan volgens hem ingezet worden wanneer

⁷⁷¹ Van Rhee 2003, p. 156-157: ‘All of this makes it very likely that the action known as (ecclesiastical) *maintenue* in the Low Countries was equivalent to ecclesiastical *complainte* in France. Hence, Hallebeek may have been right when he located the origin of *maintenue* in France. It seems likely, however, that the habit of using the name *maintenue* to designate the action called ecclesiastical *complainte* in France originated in the Low Countries. This may well have been the result of the fact that in the definition of *complainte* the word *maintenue* played a crucial role. To give but one example: Rodier in his *Questions sur l’Ordonnance de Louis XIV, du mois d’avril 1667* defines cases concerning ecclesiastical *complainte* as follows: “Ce sont les instances ou process où il s’agit de la maintenance en la possession d’un benefice.”

⁷⁷² Van Rhee 2003, p. 156: ‘A second similarity concerns the period of time during which the benefice needed to have been in the possession of the person who brought the possessory action. In the Low Countries *complainte* could only be brought where possession for a year and a day of the object or right concerned could be proven. In cases of *maintenue*, on the contrary, it sufficed to show a title (canon institution) and actual possession. In France, such a distinction was also made, even though in both cases the action to be brought was called *complainte*. This appears, for example where Pothier states: “Elle [la complainte en matière bénéficiale] diffère des complaints en matière des complaints en matière profane [...] en ce qu’au lieu que la possession d’un an et jour destituée de titre suffit pour celle-ci, au contraire, la complainte en matière bénéficiale n’est accordée qu’au bénéficiaire qui possède en vertu d’un titre.” Apparently, for ecclesiastical *complainte* possession for a year and a day was not required.’

⁷⁷³ Zie hierboven mijn noot 759.

de bezitter van een onroerend goed niet enkel is gestoord, maar met geweld geheel en al uit zijn bezit is gezet.⁷⁷⁴ In de paragraaf over de *condictio ex canone redintegranda* heb ik uiteengezet dat de *réintégrande*, ook bekend als de *actio spoli*, ontstond in het canonieke recht.⁷⁷⁵ Hoewel Pothier in zijn uiteenzetting de canoniekrechtelijke stelregel aanhaalt – *spoliatus ante omnia restitutus* –⁷⁷⁶ beschouwt hij de *réintégrande* als tak van de *complainte en cas de saisine et nouvelleté*.⁷⁷⁷

De kwalificatie van de *réintégrande* als tak van de *complainte* hapert: de acties stammen uit verschillende rechtsbronnen. Pothier denatureert de *réintégrande* in zijn ijver om, in navolging van het interdict *unde vi*, de toepasbaarheid van de actie op roerende zaken uit te sluiten.⁷⁷⁸ Ik acht het aannemelijk dat Pothiers zienswijze heeft bewerkstelligd dat het Franse wetboek van burgerlijke rechtsvordering, de *Code de la procédure civile*, geen onderscheid maakt tussen de *complainte* en de *réintégrande*.⁷⁷⁹

Door zich zo sterk te richten op het Romeinse recht veronachtzaamt Pothier de verschillen tussen de *réintégrande* en het *interdictum unde vi*.⁷⁸⁰ Die veronachtzaming stelt hem echter in staat om het Romeinsrechtelijke onderscheid tussen bezitter en houder op de *réintégrande* toe te passen: een bloothouder kan deze actie niet instellen.⁷⁸¹ Pothier bereikt hiermee dat de kring van gerechtigden dezelfde is als bij de *complainte*.

⁷⁷⁴ Pothier/Hutteau 1807, p. 62 (nr. 106). Zie ook het citaat bij mijn noot 759 en Meijers 1933, p. 105.

⁷⁷⁵ Zie hierboven § 1.2.

⁷⁷⁶ Zie het slot van het citaat in mijn noot 790. Vgl. hierboven mijn noot 289.

⁷⁷⁷ Pothier/Hutteau 1807, p. 63 (nr. 108): ‘Pareillement [evenals het interdict *Unde vi*, *HHR*], dans notre droit, notre action de réintégrande étant une branche de l’action de complainte, n’a lieu que pour les immeubles, et non pour des simples meubles.’ Zie ook p. 62 (nr. 106). Coninck Liefsting 1869, p. 251 noot 182 wijst er op dat het niet Pothier was die de zienswijze ontwikkelde dat de *réintégrande* een afsplitsing is van de *complainte*: ‘No. 108. Dit is overgenomen uit de oude Franse schrijvers. In de coutume de Beauvoisis van BEAUMANOIR kwam dat reeds voor. Bij Pothier, die het Franse bezitrecht afleidde uit het Romeinse recht, is dat echter een inconsequentie. Romeinsrechtelijk is ongetwijfeld het interdictum *de vi* geen onderdeel of tak van het interdict *Uti possidetis*.’ Zie over de verhouding tussen *complainte* en *réintégrande* in onze contreien ook noot 422.

⁷⁷⁸ Pothier/Hutteau 1807, p. 63 (nr. 107) haalt D. 43,16,1,6 aan: Het is in ieder geval niet aan twijfel onderhevig dat dit interdict op roerende zaken niet van toepassing is. *Illud utique in dubium non venit interdictum hoc ad res mobiles non pertinere*. Zie met betrekking tot de *complainte*, waarvan de *réintégrande* volgens Pothier een afsplitsing is, hierboven, p. 154 e.v.

⁷⁷⁹ Vgl. Pothier/Hutteau 1807, p. 63 (nr. 108), noot 36.

⁷⁸⁰ Hierboven besprak ik vijf verschilpunten, zie p. 84 e.v.

⁷⁸¹ Pothier/Hutteau 1807, p. 66 (nr. 115): ‘L’action de réintégrande étant l’action qu’a celui qui a été dépossédé, et n’y ayant que celui qui possédait, qui puisse être censé avoir été avoir dépossédé; il s’ensuit que lorsqu’un fermier a été chassé par violence d’un

Volgens Pothier moet de *réintégrande* binnen een jaar worden ingesteld, net als de complainte waarvan zij een tak is.⁷⁸² De wijze waarop Pothier de termijn van een jaar in de *réintégrande* binnenhaalt doet gekunsteld aan: omdat hij haar niet vinden kon in de koninklijke ‘civiele ordonnantie uit april 1667’ of in het gewoonterecht van Parijs haalt hij haar uit het gewoonterecht van Cambrai (Kamerijk).⁷⁸³ Die regel van gewoonterecht verbindt hij vervolgens met de regeling van het *interdictum unde vi*, dat eveneens de termijn van een jaar noemt.⁷⁸⁴ Vervolgens trekt hij de conclusie dat als men dit jaar laat verstrijken, men niet langer ontvankelijk is.⁷⁸⁵ Maar deze conclusie is in ieder geval voor de middeleeuwse *réintégrande* onjuist: het rechtsmiddel uit het canonieke recht verschilde van het Romeinse interdict omdat het een verjaringstermijn kende die langer was dan één jaar.⁷⁸⁶

héritage qu’il tenoit à ferme, il peut bien avoir une action *in factum* contre celui qui a exercée la violence, pour réparation du tort qu’il lui a causé; mais il ne peut pas intenter contre lui l’action de réintégrande, d. L. 1 § 10 [D. 43,16,1,10, HHR]. *Car ce n’est pas lui qui possédoit l’héritage, ni par-conséquent lui qui en a été dépossédé; c’est celui de qui il le tenoit à ferme, qui en étoit le possesseur et qui en étoit dépossédé, et c’est lui seul qui a droit d’intenter l’action de la réintégrande* [cursivering, HHR].’ Zie ook mijn noot 753. Het interdict unde vi kwam niet aan houders toe, zie bijv. Van Oven 1948, p. 124.

⁷⁸² Pothier/Hutteau 1807, p. 70 (nr. 124): ‘L’action de réintégrande, lorsqu’elle est poursuivie au civil, doit, de même que la complainte, être intentée dans l’année, laquelle se compte du jour que la violence a cessé, et que le spolié a été en pouvoir de l’intenter: quelques coutumes s’en sont expliquées. Celle de Cambrai, tit. 25, art. 26, dit: «Action pour spoliation s’intente par complainte ou clain de rétablissement dedans l’an».’ (zie mijn noot 784 voor het vervolg van dit citaat).

⁷⁸³ Ik merk op dat Pothier slechts de coutume van Cambrai vermeldt, terwijl hij aangeeft dat er meerdere zijn die de regel bevatten.

⁷⁸⁴ Pothier/Hutteau 1807, p. 70 (nr. 124): ‘Cela es aussi conform aux principes du droit romain, sur l’*interdictum de vi*, conçu en ces termes: *Unde tu illum vi dejecisti, aut familia tua dejecit; de eo, quæque tunc ille ibi habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo quod ad eum qui vi dejecit pervenerit, judicium dabo*. L. 1, ff. d. tit. de vi et vi arm [D. 43,16,1, HHR]. Annus in hoc interdicto utilis est. d. L. I, § 39 [D. 43,16,1,39, HHR]. De Nederlandse vertaling van deze twee aangehaalde Digesten teksten luidt: Vanwaar u met geweld de eiser verdreven hebt of uw personeel [hem] verdreven heeft en voor hetgeen de eiser op dat moment aldaar had, zal ik een actie verlenen, [doch] slechts binnen een jaar; na verloop van dat jaar voor datgene wat bij degene die [de eiser] met geweld verdreven heeft, terechtgekomen is. Het tweede fragment: Het jaar dat in dit interdict vermeld wordt is een processueel bruikbaar jaar.

⁷⁸⁵ Pothier/Hutteau 1807, p. 70 (nr. 124): ‘Si donc on laisse passer l’année sans intenter cette action, il résulte de ce laps de temps une fin de non-recevoir contre cette action qu’on voudroit intenter après l’année.’

⁷⁸⁶ Masmejan 1990, p. 197, noot 824: ‘L’opinion dominante est que la réintégrande est soumise aux délais ordinaires de 10, 20 ou 30 ans des actions réelles; Jacobus Menochius, comm. de rec. poss. XV, n° 418-432, p. 324. Un courant de doctrine minotaire croit toutefois à l’imprescriptibilité du moyen: Panormitanus, comm. n° 14 ad X, 2, 13, 2, (II/a, f. 134 v°) cf. Hostiensis Summa II de cau. propr. n° 7, p. 541-2: ... *Condictio tamen ex canone Redintegranda. non tantum ad praedium sed etiam ad Omnia perpetuo compe-*

Door het veronachtzamen van het canonieke recht kan Pothier verder ontkomen aan de uitbreiding van de actie die die paus Innocentius III aanbracht. Die achtte niet alleen de berover, *spoliator*, aansprakelijk, maar ook degene die hiervan kennis droeg, de *spolii conscius*.⁷⁸⁷ Analooq aan het Romeinse recht beperkt Pothier de aansprakelijkheid tot degenen die deelnamen de gewelddadige deposederinq.⁷⁸⁸ Doordat hij de *réintégrande* koppelt aan het *interdictum unde vi* (letterlijk: vanwaar met geweld), heeft de actie geen toepassing bij andere vormen van onrechtmatigheid, zoals dwang en bedrog.⁷⁸⁹ De koppeling brengt de uitsluiting van een verweer gebaseerd op eigendom, *exceptio dominii*, met zich mee, evenmin kan de geweldpleger zich beroepen op het verweer van gebrekkig bezit, *exceptio vitiosae possessionis*. Die verweren zijn irrelevant omdat het onderzoek zich uitsluitend richt op de vraag of er een gewelddadige inbreuk op het bezit van de klager is gemaakt.⁷⁹⁰

tit, temporis conditione, captivitate, dolo, aut violenti, non obstante...’ Zie ook mijn noot 305.

⁷⁸⁷ Vergelijk Coninck Liefsting 1869, p. 252: ‘Van de leer der Canonisten, dat deze actie ook gold tegen derden in het algemeen, of alleen ingeval deze van de beroving bewust waren, en dat zij ook een jaar na de beroving konde worden ingesteld, vinden wij dan ook geen spoor. Pothier stond hierin niet op zich zelf: zijn leer was de uitdrukking van de geest van zijn tijd. Het Romeinse recht moest, behalve door de deugdelijkheid van zijn gehalte, doordat het behandeld werd door juristen wier namen wereldberoemd waren en die schreven in de wereldtaal, het Latijn, het costumier (Germaans) recht in de verschillende landen van Europa hoe langer zo meer verdringen. Een zelfde strekking als bij POTHIER vinden wij bij de beroemde Hollandse juristen en in Duitsland, reeds bij LEYSER, *Meditationes ad pandectas Spec.* 451-453 (7, bl. 118-144) en meer nog in de op deze volgende latere romanisten. Wat de *redintegranda* betreft heeft BÖHMER in zijn *Jus. Eccl. Prot.*, II, c. 13, ook krachtig meegewerkt, om deze actie tot het interdictum *de vi* terug te brengen; bij hem echter nog met de uitbreiding, door Paus INNOCENTIUS III daaraan gegeven, dat de actie ook gold tegen een derde bezitter, die van het gewelddadig bezit zijner voorgangers bewust was.’

⁷⁸⁸ Celui qui a été dépossédé par violence, n’est pas fondé à exercer cette action de réintégrande contre celui qu’il trouve en possession de la chose dont il a été dépossédé par violence, si ce possesseur n’y a aucune part. *Cum a te vi dejectus sum, si Titius eamdem rem possidere cæperit, non possum cum alio, quam tecum, interdicto experiri*. L7, ff. d. tit. [= D. 43,16,7, HHR. De vertaling luidt: Wanneer ik door u met geweld verdreven ben, kan ik als, Titius begonnen is de zaak in kwestie te bezitten, niet tegen een ander dan u met het interdict optreden].

⁷⁸⁹ Pothier/Hutteau 1807, p. 63-64 (nr. 109): ‘Il résulte de la définition que nous avons donnée de l’action en réintégrande, que, pour qu’il y ait lieu à cette action, il faut que quelqu’un ait été dépossédé par violence d’un héritage qu’il possédait: (...)’. Ik merk op dat van bezitsverlies door het kwijtraken van de zaak nooit sprake zal kunnen zijn omdat Pothier roerende goederen nadrukkelijk uitsluit van deze bezitsactie.

⁷⁹⁰ Pothier/Hutteau 1807, p. 69 (nr. 123): ‘Au reste, celui qui a dépossédé quelqu’un par violence d’un héritage, ne peut se défendre de cette action de réintégrande, quand même il offrirait de justifier qu’il en est le véritable propriétaire, et que celui qui l’en a dépossédé, le possédait indûment [cursivering, HHR]. On n’examine sur l’action en réintégrande, que le seul fait de la dépossession par violence; et quel que puisse être le

Gezien de wijze waarop Pothier de réintégrande uiteenzet kan ik tot geen andere slotsom komen dan dat Pothier de verschillen tussen dit rechtsmiddel en het *interdictum unde vi* volledig probeert weg te poetsen.

Geen bezitsactie voor roerende zaken

Het Romeinse recht kende een interdict dat gebruikt kon worden bij een bezitsstrijd over roerende zaken: *interdictum utrubi*. Pothier verwijst naar dit interdict wanneer hij uiteenzet dat het in het Franse recht geen equivalent kent: bij twisten over roerende zaken stelt men onmiddellijk de eigendomsactie in.

Ons Franse recht verschilt hierin [met betrekking tot roerende zaken, *HHR*] van het Romeinse recht dat, behalve het *interdictum uti possidetis* dat het toekent aan diegenen die gestoord werden in het bezit van een onroerende zaak, om daarin te worden gehandhaafd, ook een andere bezitsactie genaamd *interdictum utrubi*, toekent aan hen die worden gestoord in het bezit van een roerende zaak. Maar in ons Franse recht, wanneer twee personen twisten over een roerende zaak, begeeft men zich direct in de vraag over de eigendom.⁷⁹¹

Ik rond mijn bespreking van bezit en bezitsacties in Pothiers *Traité de la possession* af met een opmerking op het gebied van het procesrecht. In Frankrijk vonden de invoering en ontwikkeling van de bezitsacties plaats onder het gezag van de landsheer of de koning. De bescherming van bezit verschilde van die van de eigendom omdat men haar beschouwde als een publieke taak. Een inbreuk op bezit achtte men een inbreuk op de openbare orde en hiertegen kon men een bezitsactie instellen bij de landsheerlijke of koninklijke rechtbank.⁷⁹² Een procedure over eigendom kon men daarentegen instellen bij lokale rechtbanken. Tussen de totstandkoming van Pothiers werken en die van de *Code civil* vond

spoliator, il suffit qu'il soit établi qu'il a dépossédé par violence le demandeur en réintégrande, pour qu'il doive être condamné à le rétablir dans la possession de l'héritage dont il l'a dépossédé. Jusqu'à ce qu'il l'ait rétabli en possession, et même jusqu'à ce qu'il l'ait entièrement satisfait à la sentence, par le paiement des dommages et interest auxquels il a été condamné envers le demandeur spolié, il ne doit pas être écouté à alléguer le droit de propriété qu'il prétend avoir de l'héritage, ni admis à former la demande au pétitoire: *Spoliatus ante omnia restitutus*.'

⁷⁹¹ Pothier/Hutteau 1807, p. 56 (nr. 93): 'Notre Droit Français est en cela différent du droit romain qui, outre l'*interdictum uti possidetis* qu'il accordoit à ceux qui étoient troubles dans la possession de quelqu'héritage, pour y être maintenus, accordoit aussi un autre action possessoire appelée *interdictum utrubi*, à ceux qui étoient troublés dans la possession d'une chose mobilière. Mais dans notre droit Français, lorsque deux parties se disputant une chose mobilière, on entre d'abord dans la question de la propriété.'

⁷⁹² Pothier/Hutteau 1807, p. 53 (nr. 87); p. 62 (nr. 106); p. 75 (nr. 135). Vgl. Lévy & Castaldo 2002, p. 520-521 (nr. 362). Zie ook hierboven mijn noot 541.

een echter belangrijke wijziging plaats met betrekking tot de bezitsacties: in het begin van de revolutie, in 1790, werd namelijk bij wet bepaald dat de bezitsklachten niet langer behoorden tot de competentie van de koninklijke rechters, maar tot die van de zogeheten vrederechters, *juges de paix*.⁷⁹³

Deze fundamentele wijziging is het onderwerp van de volgende sub-paragraaf.

1.2 Bezitsbescherming door vrederechters

‘Wat specifiek de bezitsvorderingen betreft staan we zelfs voor een eigenaardigheid. Daar waar art. 2060 B.W. [de Code civil, *HHR*] de lijfswang toeliet voor de reïntegranda, wordt er in de rest van het wetboek met geen woord over de bezitsvorderingen en hun toepassingsvoorwaarden gerept.’⁷⁹⁴

Het is vaker opgemerkt dat de *Code civil* het leerstuk van bezitsbescherming niet heeft uitgewerkt.⁷⁹⁵ Het wetboek kent geen zelfstandige titel over bezit: het plaatst bezit in het bredere kader van verjaring.⁷⁹⁶ Het lijkt in het geheel geen voorschriften over bezitsbescherming te bevatten.⁷⁹⁷ Die treffen we wel aan in de vierde titel van de *Code de procédure civile*, maar die geeft slechts een summiere regeling van vijf artikelen (artt. 23 t/m 27), waarbij vooral in het oog

⁷⁹³ Loi des 16-24 août 1790 sur l’organisation judiciaire.

⁷⁹⁴ Vuye 1995, p. 120 (nr. 108). Zie ook zijn noot 421, die ik weergeef bij mijn noot 946.

⁷⁹⁵ Bijv. Terré & Simler 2006, p. 75-76 (nr. 65): ‘En dépit de cette formulation [de bezitsdefinitie van art. 2228 Code civil, *HHR*], la notion de possession reste difficile à saisir, d’autant plus que les rédacteurs du Code civil n’ont pas, à ce sujet, conçu une théorie générale. Ils n’ont traité de la possession qu’à propos de l’un de ses effets, l’*usucapion* ou *prescription acquisitive* (art. 2219 à 2281): dans le titre XX du Livre III, consacré à la prescription, la possession n’est effectivement envisagée que sous cet angle (...).’; Middelberg 1953, p. 94: ‘In afwijking van wat we in de volgende hoofdstukken zullen zien bij andere codificaties en ontwerp-wetboeken voor burgerlijk recht, wijdt de Cc geen aparte titel, afdeling of hoofdstuk aan het bezit. De hoofdzaak is eigenlijk in één artikel, zeer summier neergelegd: Cc 2228.’; Asser/Scholten 1933, p. 70: ‘De Code noemde bezit slechts als element der verjaring, over de acties spreekt dit wetboek niet; in de Code de Procédure vinden wij een enkele bepaling (art. 23-27).’ Zie ook mijn noot 945.

⁷⁹⁶ Zie hieronder mijn noot 831. Uitzonderingen op deze plaatsing zijn de artt. 549 & 550 Code civil die betrekking hebben op het recht van accesssion. Ze luiden:

Art. 549 Cc. Le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi: dans le cas contraire, il est tenu de rendre les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique.

Art. 550 Cc. Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d’un titre translatif de propriété dont il ignore les vices.

⁷⁹⁷ Ik zal in § 2.2.3 echter betogen dat art. 2279 Cc als bezitsvordering dient te worden aangemerkt.

springt dat bezitsacties niet eens bij naam worden genoemd.⁷⁹⁸ Die ‘gaping’ in het Franse recht zou gevolgen hebben voor de regeling van bezitsbescherming in het OBW: ze dwong de wetgever om de gewenste regeling van de grond aan af op te bouwen, omdat op dit punt geen inspiratie geput kon worden uit het Franse voorbeeld.⁷⁹⁹

Ik zie de verklaring waarom de Franse wetboeken op het gebied van bezit en bezitsbescherming zo weinig voorschriften bevatten gelegen in het feit dat de Franse wetgever bezitskwesaties al in 1790 heeft toevertrouwd aan de zogeheten vrederechters, *juges de paix*.⁸⁰⁰ Vrederechters ontleen hun naam aan de betekenis van het woord ‘paix’ in de zin van algemene vrede of openbare orde.⁸⁰¹ Het opvallendste kenmerk van de oorspronkelijke vrederechter was dat hij in zijn oordeel over burgerlijke zaken niet aan de wet gebonden was, maar naar billijkheid mocht beslissen.⁸⁰² Voor de wetgever bestond er dus simpelweg geen noodzaak om een uitgebreide uitwerking van bezit en bezitsbescherming op te

⁷⁹⁸ Ik heb de artikelen opgenomen in mijn noten 953 t/m 957.

⁷⁹⁹ Zie hieronder de citaten bij mijn noten 993 en 1041.

⁸⁰⁰ Art. 10, aanhef en sub 2 van de *Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire* bepaalt ten aanzien van de competenties van de vrederechter [vertaling ontleend aan Van Herreweghe 1993, p. 30-31]: Hij neemt daarenboven kennis, in laatste aanleg tot een bedrag van vijftig livres, en met mogelijkheid tot hoger beroep ongeacht de waarde van de vordering, van: 2^o de verplaatsing van grondpalen, de wederrechtelijke inbezittingen van gronden, bomen, hagen, grachten en andere afsluitingen, gepleegd binnen het jaar; de ingrepen op de loop van water, dienstig voor de bevoeiing van de velden, eveneens gepleegd binnen het jaar, en alle andere bezitsvorderingen. *Il connaîtra de même, sans appel jusqu'à la valeur de cinquante livres, et à charge d'appel à quelque valeur que la demande puisse monter: (...) 2^o Des déplacements de bornes, des usurpations de terres, arbres, haies, fossés et autres clôtures, commises dans l'année; des entreprises sur les cours d'eau servant à l'arrosement des prés, commises pareillement dans l'année, et de toutes autres actions possessoires.* Over de zinsnede “et toutes autres actions possessoires” merkt Vuye 1995, p. 117 (zie ook p. 122) op dat zij betekenisvol is in de legislatieve context van het decreet van 1790 en overgenomen zal worden in verschillende latere wetten. Daar zal zij echter vaak betekenisloos en verwarringstichtend werken, omdat men haar laat volgen op een sluitende *nominatim* opsomming van de verschillende categorieën bezitsvorderingen.

⁸⁰¹ Ten Raa 1970, p. 106: ‘In zoverre als aan de gewenste burgerlijke rechtbanken namen als *juge de paix*, *conseil de paix* en andere termen met het woord *paix* gegeven werden, had dit woord bijna altijd de betekenis van algemene vrede of openbare orde. Men snakke naar die vrede en orde, welke tijdens het ancien régime dermate verstoord en ontwricht waren dat een revolutie onvermijdelijk werd.’

⁸⁰² Ten Raa 1970, p. XVI. Hij geeft aan dat men later naar de opvatting neigde dat de *juges de paix* volgens de wet en niet volgens de billijkheid moesten rechtspreken. Zie over het vraagstuk of het oordeel van de vrederechter in cassatie gebroken kan worden p. 263 e.v. Zie t.a.p. ook Van Herreweghe 1993.

stellen.⁸⁰³ Dat lag anders bij verjaringsbezit, omdat de wetgever eigendoms-kwesties met opzet buiten de bevoegdheid van de vrederechter heeft gehouden: geschillen over eigendom behoorden tot de competentie van de reguliere recht-banken en dienden op grond van wetsvoorschriften beoordeeld te worden.⁸⁰⁴ Deze bevoegdheidsverdeling betekende dus opnieuw een scheiding tussen het *petitoir* en het *possessoir*.⁸⁰⁵

Het ambt van vrederechter is – naar Frans voorbeeld – in Nederland inge-voerd.⁸⁰⁶ Hierdoor werd hij ook bij ons de competente instantie ten aanzien van bezitskwesties en dat is hij gebleven na de restauratie.⁸⁰⁷ Tot 1813 toetst ook de Nederlandse vrederechter bij burgerlijke zaken aan redelijkheid en billijkheid en is hij nog niet gebonden aan de wet.⁸⁰⁸

De Franse auteurs Lévy en Castaldo merken de overheveling van de bezits-acties naar de vrederechter aan als een ‘declassering’ van deze acties.⁸⁰⁹ Een verval schijnt zich eveneens te hebben voorgedaan in de Lage Landen. De Blécourt kan voor de tijd van de Republiek nog Bijnkershoek aanhalen die zich beklaagde over het feit dat de bezitsacties een té ruim toepassingsgebied kregen en misbruikt werden.⁸¹⁰ Van Dapperen komt op grond van zijn studie naar de vrederechter in Den Haag tot de conclusie dat bezitrechtelijke en andere bijzon-dere vonnissen weinig voorkomen: bij 174 vonnissen in Den Haag IV is er één over reparatie van grensscheiding en één betreffende herstel van eer.⁸¹¹ Ik

⁸⁰³ Anders: Vuye 1995, p. 120 die meent zonder overdrijven te kunnen stellen dat het ont-breken van een titel over de bezitsleer in de belangrijkste Napoleontische codificatie te wijten is vergeetachtigheid van de wetgever.

⁸⁰⁴ Van Herreweghe 1993, p. 24-28 (§ 1.2.2); Ten Raai 1970, p. 271-272.

⁸⁰⁵ Dit was in het Bourgondische procesrecht ook al het geval, zie hierboven p. 145.

⁸⁰⁶ Ten Raai 1970, p. XXV, verwijzend naar p. XV: ‘in 1796 al in de tegenwoordige provin-cie Limburg en in Zeeuws-Vlaanderen, in 1808 te Vlissingen, in de loop van 1810 op geheel Walcheren en in alle overige tot het Koninkrijk Holland behoord hebbende gewesten beneden de grote rivieren en tenslotte in 1811 in het hele gebied boven die rivieren, nadat in het voorgaande jaar ook deze gewesten bij het Franse keizerrijk waren ingelijfd.’ Zie ook Van Dapperen 1991, p. 147.

⁸⁰⁷ Van Dapperen 1991, p. 153 meldt dat men pas in 1835 de bezitsacties van de vrede-rechter schrapt. Zie t.a.p. ook zijn noot 32: ‘Art. 32 van de wet van 1835 schrapt de bevoegdheden van de kantonrechter inzake bezitrecht uit art. 43 van de wet van 1827. Het nieuwe art. 43 is een licht aangepast art. 45 oud uit het ontwerp-R.O. 1827. Ten Raai, *Conciliatie*, p. 19.’

⁸⁰⁸ Van Dapperen 1991, p. 108.

⁸⁰⁹ Lévy & Castaldo 2002, p. 526: ‘La Révolution a *déclassé*, en quelque sorte, les actions possessoires, en attribuant leur connaissance aux juges de paix, juges d’*exception*, au lieu des tribunaux civils ordinaires (loi des 16-24 août 1790 sur l’organisation judici-aire). Le Code de procédure civile de 1806 consacrera cette compétence (art. 3, 2^o); pour le reste, il n’en dit à peu près rien (art. 23 à 27).’

⁸¹⁰ Zie hierboven mijn noot 592.

⁸¹¹ Van Dapperen 1991, p. 122.

beschik niet over nadere kwantitatieve gegevens over het aantal ingestelde bezitsvorderingen bij de vrederechter en de periode die daaraan voorafgaat in de Lage Landen.⁸¹² Toch lijkt het voor de hand te liggen dat de nieuwe instantie weinig heeft bijgedragen aan het vergroten van de populariteit van de bezitsacties bij de beoefenaars, bestudeerders en codificeerders van het recht. Als oorzaken wijs ik met name aan de dejuridisering van de rechtsgang bij de vrederechter, het hiermee verband houdende verlies van juridische relevantie van de bezitsacties en dat de wetsgebondenheid van de appelrechters een belemmering vormde voor het bereiken van eenheid van rechtspraak in bezitskwesaties.

In de eerste plaats hebben de ontwerpers van de wet op de rechterlijke organisatie hun best gedaan om de procedure voor de vrederechter te dejuridiseren. Ik vermeldde hierboven al dat de vrederechter in burgerlijke zaken niet aan de wet gebonden was, maar toetste aan de billijkheid. Wetskennis werd dan ook niet vereist voor het ambt.⁸¹³ In de praktijk beschikte een deel van de vrederechters wel over een juridische opleiding, maar dat was niet steeds het geval.⁸¹⁴ Bij besluit van Minister van Justitie van 5 Juli 1809 werd het vrederechters verboden de functie van advocaat uit te oefenen.⁸¹⁵ Professionele rechtshulp werd oorspronkelijk geweerd: tot de invoering van de *Code de procédure civile* in 1806 was het partijen niet toegestaan zich te laten bijstaan door professionele gemachtigden, evenmin mochten partijen schriftelijke stukken indienen.⁸¹⁶

Ik acht een nauw verband aanwezig tussen de dejuridisering en het verlies van juridische relevantie van de bezitsacties. Ik vermeldde al dat de *Code de procédure civile* de acties niet eens meer bij naam noemde. 's Wetgevers

⁸¹² Zie voor statistieken over bezitsvonnissen in Frankrijk en België: Vuye 1995, p. 1009 en 1027 e.v. Deze statistieken beslaan echter periodes na de instelling van de vrederechter.

⁸¹³ Ten Raa 1970, p. XVI: 'In dit verband zij vooropgesteld dat de Franse juge de paix tot in onze eeuw voor zijn benoeming geen enkel blijk van rechts- en wetkennis heeft behoeven te geven. Sinds 1905 veranderde dit en werden enkele eenvoudige diploma's plus een stage vereist; in 1918 werd een beroepsexamen ingesteld en in 1926 werd het nodig dat een juge de paix tenminste de hoedanigheid van een "licencié en droit" had. In ons land werden aan de kantonrechter [de 'opvolger' van de vrederechter na 1838, *HHR*] eerst in 1877 eisen op het gebied van juridische kennis gesteld.' Vermeldenswaardig is dat de Franse schrijver Henrion de Pansey, zelf president van het Hof van Cassatie, in zijn werk over de vrederechter, ten aanzien van de bezitsvorderingen de volgende opmerking maakt. De Pansey 1822, p. 351: 'Nous invitons donc ceux qui liront cet ouvrage, et notamment les juges de paix, à ne pas se rebutter de la sécheresse des détails, et du nombre des citations que nous allons mettre sous leurs yeux.'

⁸¹⁴ Van Dapperen 1991, p. 89, vermeldt dat van de 35 pioniers in de Monden van de Maas 16 (46%) rechten hebben gestudeerd, maar dat niet alleen juristen vrederechter worden: Nolson in Vlissingen is bijvoorbeeld arts.

⁸¹⁵ Van Dapperen 1991, p. 89 (noot 62).

⁸¹⁶ Van Herreweghe 1993, p. 33; Van Dapperen 1991, p. 119.

verflauwde aandacht verheldert de materie niet en veroorzaakt zelfs onbegrip.⁸¹⁷ Ik sluit mij aan bij Vuye die de onduidelijkheid over de voorwaarden die gelden voor de bezitsvorderingen aanmerkt als groot gebrek van de Napoleontische codificaties: hij karakteriseert het treffend als een braakliggend terrein voor rechtspraak en rechtsleer.⁸¹⁸

Het bouwrijp maken van dit braakliggende terrein door rechtspraak en rechtsleer werd bemoeilijkt doordat dit proces niet goed begeleid kon worden door een centrale hogere rechterlijke instantie, zoals een cassatierechter, die op het gebied van de bezitsacties uniformering van rechtspraak kon afdwingen en wier uitspraken door de rechtsleer verder konden worden uitgewerkt. Het gegeven dat vrederechters zich baseerden op billijkheid en niet op de wet garandeerde allerm minst een uniforme toepassing van de bezitsacties. Weliswaar bestond de mogelijkheid om tegen een dergelijke beslissing hoger beroep aan te tekenen bij de rechtbank, maar dit gebeurde in Nederland bijna nooit en hetzelfde gold – logischerwijs – voor cassatie.⁸¹⁹ Ik zie een verklaring hiervoor gelegen in het feit dat de appelrechters dienden te beslissen op grond van het stellige recht.⁸²⁰ En juist dat stellige recht was ten aanzien van de bezitsleer, zoals ik hierboven opmerkte, minimaal uitgewerkt: de wetgever had zich hierom weinig bekommerd, juist omdat hij de bezitskwesties had overgedragen aan de op buitenwettelijke grondslag oordelende vrederechters! Voor de in het ongelijk gestelde partij viel er dus van de hem toekomende rechtsmiddelen weinig te verwachten: het ligt in de lijn der verwachting dat men het vonnis van de vrederechter slechts marginaal zou toetsen. Ten Raa benadrukt in zijn inaugurele rede de tegenstrijdige uitgangspunten van de rechterlijke instanties.

‘Maar de opdracht aan de vrederechters om deze en andere zaken als rechters te beslissen, zij het naar billijkheid en niet noodzakelijk volgens het stellige recht, kwam er – na stemming – door. Dit kon heel goed, maar er kwam iets bij, wat tegenstrijdig was. De Constituante ging namelijk de uitspraken van de vrede-

⁸¹⁷ Vgl. Vuye 1995, p. 122: ‘Van Oven merkte ooit op “De Code de Procédure spreekt over de actions possessoires als over bekende grootheden, doch in de Code Civil zoekt men ze tevergeefs.” Er zal echter snel blijken dat de bekende grootheden uit de C.P.C. in feite onbekenden zijn. In deze artikelen wordt immers met geen woord gerept over de reïntegranda. Meer nog, de verschillende bezitsvorderingen worden zelfs niet *nominatim* aangeduid. Sommigen zullen dan ook de stelling verdedigen dat de reïntegranda impliciet werd afgeschaft. Nochtans had het Tribunaat expliciet gevraagd dat de regels zowel betreffende de complainte als betreffende de reïntegranda verder zouden uitgewerkt worden.’

⁸¹⁸ Vuye 1995, p. 123.

⁸¹⁹ Van Dapperen 1991, p. 124 en noot 94: ‘Cassatie van civiele zaken (ook van vonnissen van Rechtbanken) uit Noord-Nederland bij het Parijse Hof van Cassatie komt zo goed als niet voor (Verdam, *Franse civiele cassatie*, p. 558).’

⁸²⁰ Zie hierboven mijn noot 800.

gerechten in de minder kleine zaken (...) onderwerpen aan de mogelijkheid van appèl bij de rechtbanken. Vonnissen, gegrond op een gevoel voor billijkheid, moesten derhalve in hoger beroep door de juristen van de rechtbanken getoetst worden aan het stellige recht. Deze inconsequentie werd maar gedeeltelijk goedgeemaakt door de regeling der cassatierechtspraak. Bij de instelling, in november 1790, van de cassatierechtbank in Parijs ter verkrijging van eenheid in de Franse nationale rechtspraak, werden de vonnissen van de vredegerechten die niet voor appèl bij de rechtbanken vatbaar waren buiten het bereik van het tribunal de cassation gesteld. Maar het leed was geschied: de wel-appellabele vonnissen van de vredegerechten waren onder de controle gebracht van de Justitie en zo is het instituut van de vredegerechten ambivalent geworden: eensdeels werden de vrede-rechters en zijn bijzitters – wijze mannen “natuurrechters”, vrij en ongecontroleerd door de officiële rechterlijke macht, anderdeels stonden zij via de appelrechtspraak onder controle van de rechtbanken en via deze van het hoogste gerecht, het cassatie-tribunaal.⁸²¹

Van Herreweghe komt in zijn onderzoek tot de conclusie dat de vrederechter pas verplicht werd zich te conformeren aan de wet toen het cassatieberoep van de vrederechtersvonnissen *volledig opengesteld werd* (niet enkel wegens machts-overschrijding, maar ook wegens een wetsinbreuk) voor de procespartijen. Dat gebeurde in België pas in de wet van 26 maart 1876.⁸²² Daarbij dient echter vermeldt te worden dat de Belgische wetgever reeds daarvoor, op 25 maart, bij wet een duidelijke opsomming van de voorwaarden voor de bezitsacties van de complainte en de reïntegrande had gegeven.⁸²³ Het spreekt voor zich dat er slechts een beperkt heilzaam effect ontleend kan worden aan cassatie wegens wetsinbreuk gegrond op de summiere regeling van de vijf artikelen in de *Code de Procédure Civile*, zonder nadere aanvulling van deze voorschriften door de wetgever. Vuye brengt de Belgische wet van 25 maart dan ook in verband met een stijging van het aantal gepubliceerde vonnissen en arresten over bezits-bescherming.⁸²⁴

Het voorgaande leidt mij tot de slotsom dat men de overheveling van de bezitsacties naar de vrederechter inderdaad beschouwen mag als een ‘declassering’. Ik betwijfel of de rechtsleer, de rechtspraak en de wetgever voor wat wat betreft de bezitsregeling en -bescherming met de Franse wet van 16-24 augustus 1790 over de rechterlijke organisatie gediend zijn geweest.

⁸²¹ Ten Raa 1986, p. 10-11.

⁸²² Van Herreweghe 1993, p. 113.

⁸²³ Vuye 1995, p. 122, zie over de wet p. 125 e.v.

⁸²⁴ Vuye 1995, p. 1027. Hij merkt op, p. 1027-1028: ‘Voornamelijk in de eerste jaren na de wetswijziging publiceerden de tijdschriften veel rechtspraak omtrent de bezitsbescherming. Ook het uitgeven van de *Journal des tribunaux* vanaf 1881 moet men in rekening brengen.’

§ 2 Bezitsbescherming in het WNH (1809 – 1811)

2.1 De bezitsregeling van het WNH

Ons eerste nationale wetboek, het *Wetboek Napoléon ingerigt voor het Koninkrijk Holland*, is maar korte tijd van kracht geweest.⁸²⁵ Het laat zich slecht vaststellen in hoeverre de wetsvoorschriften uit dit wetboek ook werkelijk toegepast werden.⁸²⁶ Zoals de naam al aangeeft is het wetboek inhoudelijk een mengeling van juridisch uiteenlopende invloeden. De Commissie tot het ontwerpen van een Civiel Wetboek nam namelijk onder andere het reeds verschenen ontwerp voor een nationaal wetboek van Van der Linden als uitgangspunt bij het aanpassen van het Franse wetboek.⁸²⁷

De bezitsregeling in Van der Lindens ontwerp was een consequente uitwerking van wat hij in zijn *Regtsgeleerd Practicaal en Koopmanshandboek* over bezit schreef.⁸²⁸ Middelburg meent daarom dat het Ontwerp Van der Linden (OVL) volkomen het in Nederland geldende recht weergeeft.⁸²⁹ Het WNH kent

⁸²⁵ Zie over dit wetboek in het bijzonder de gedenkbundel *Tweehonderd jaren codificatie van het privaatrecht in Nederland: opstellen over (de geschiedenis van) het privaatrecht naar aanleiding van het tweede eeuwfeest van het Wetboek Napoléon ingerigt voor het Koninkrijk Holland*, onder red. van J.H.A. Lokin, J.M. Milo, C.H. van Rhee, Groningen: Chimaira 2010.

⁸²⁶ Vgl. Brandsma 2006, p. 224: ‘Twee jaar is inderdaad niet veel voor een wetboek om wortel te schieten. Men bedenke bovendien dat er nog geen reorganisatie van de rechterlijke macht had plaatsgevonden. Er was wel een commissie ingesteld om aan een wetboek op de rechterlijke organisatie te werken en ze had haar werk ook voltooid, maar de invoering van dat wetboek liet op zich wachten. Voor een uniforme toepassing van het W.N.H. was dat niet bevorderlijk. De praktische toepassing van het W.N.H. laat zich slecht vaststellen doordat de verplichting uitspraken te motiveren in de periode waarin het wetboek gold nog niet bestond. (...) In Groningen gaat zelfs het gerucht dat het exemplaar van het wetboek dat aan het plaatselijke gerecht was gestuurd zich enige jaren geleden nog steeds onopengemaakt in het archief bevond.’

⁸²⁷ De Staatsraad 42 (26 januari 1808) geeft aan (punt 7): ‘In het bewerken dezer modificatie bedient zich de Commissie in het bijzonder van het ontwerp van een Burgerlijk Wetboek, vervaardigd door den Heer van der Linden, van de Aanmerkingen van het Hoog Nationaal Gerechtshof op het eerste boek van het gemelde ontwerp, en van hetgeen verder van den arbeid van vroegere Commissien omtrent deze materie aan haar is gesuppediteerd.’ Huussen 1975, p. 314. Zie ook: Lokin & Zwalve 2006, p. 298.

⁸²⁸ Middelberg 1953, p. 110. Het *Regtsgeleerd Practicaal en Koopmanshandboek* zou later in Transvaal kracht van wet krijgen.

⁸²⁹ Middelberg 1953, p. 110. De opmerking ‘het in Nederland geldende recht’ is vermoedelijk te wijds, maar Van der Linden heeft bij zijn ontwerp wel gebruik kunnen maken van de stukken van de ‘Commissie van Twaalf’, een commissie samengesteld uit vertegenwoordigers van de voormalige soevereine gewesten, alsmede de generaliteitslanden. Zie: Lokin & Zwalve 2006, p. 294 (m.n. noot 37) en p. 298.

echter een bezitsregeling die afwijkt van zowel het OVL als van de *Code civil*. Zo kent de titel *Van bezit-regt* van het OVL 25 voorschriften, terwijl de titel *Van Bezitregt* van het WNH maar 8 voorschriften bevat.⁸³⁰ Anderzijds kent de *Code civil* in het tweede boek geen zelfstandige titel over bezit.⁸³¹ Het WNH omschrijft het begrip ‘bezitter’ in plaats van ‘bezit’.

art. 459 WNH: Die eenige zaak of regt, voor de verkrijging van eigendom vatbaar zijnde, alhoewel hij zelve niet bewezen is eigenaar te zijn, door zichzelven, of door een ‘ander’ in zijnen naam, onder zich heeft of geniet, met het oogmerk om die zaak of dat regt te houden, wordt geacht daarvan bezitter te zijn.

Het daaropvolgende artikel omschrijft de houder, *nudus detentor*, als iemand die geen bezit hebben kan, omdat hij het oogmerk mist om de zaak voor zich zelf te behouden.⁸³² In principe kan hij dus geen aanspraak maken op de bezitsbescherming van deze titel.⁸³³ Wel wordt hij geholpen door het bewijsvermoeden dat hij, behoudens tegenbewijs, verondersteld wordt voor zichzelf en als eigenaar te bezitten.⁸³⁴ We treffen in het WNH een bezitsbegrip aan dat gebaseerd is op de strakke scheiding tussen bezitter en houder van het Romeinse recht: bezitsver verkrijging vereist *corpus*, het onder zich houden, gepaard met een gelijktijdige *animus*, de wil om de zaak voor zich zelf te houden. Bezit vererft niet: het WNH verschilt van de *Code civil* en het latere OBW omdat het géén voorschrift bevat dat het bezit van de erfflater van rechtswege overgaat op zijn erfgenaam of legataris.⁸³⁵ Het rechtsgevolg van bezit is een bewijsvermoeden van eigendom.⁸³⁶ De kracht van dit bewijsvermoeden verschilt bij roerende en onroerende zaken: Het WNH maakt namelijk onderscheid tussen het bezit van onroerende zaken en

⁸³⁰ Maar men vindt ook buiten de derde titel van het tweede boek nog voorschriften over bezit, zoals art. 445 WNH (regelt het recht op de vruchten bij bezit te goeder of te kwader trouw), art. 1043 (bezit van een zaak kan onderwerp van het contract uitmaken), maar vooral art. 1906 en 1907 WNH (over bezit van roerende zaken).

⁸³¹ Bezit wordt in het derde boek van de *Code civil* nagenoeg geheel geplaatst in titel XX: de titel over verjaring. Uitzonderingen zijn de artt. 549 & 550 *Code civil*, hierboven weergegeven in mijn noot 796.

⁸³² Art. 460 WNH: Die het oogmerk van eene zaak of regt voor zich te behouden niet heeft, wordt niet gehouden in het eigenlijke bezit derzelve te zijn, ofschoon hij de zaak onder zich hebben mogt.

⁸³³ Anders: Middelberg 1953, p. 117, zie hieronder mijn noot 930.

⁸³⁴ Art. 1860 WNH: Men wordt altijd verondersteld voor zich zelve en als eigenaar te bezitten, ten ware bewezen wordt, dat men zijn bezit voor of in naam van een ‘ander’ aangevangen heeft.

⁸³⁵ Art. 923 WNH eist aanvaarding voor de overgang van de erfenis. Vgl. art. 724 *Code civil* (weergegeven in mijn noot 740); art. 1002 OBW.

⁸³⁶ Art. 461 WNH: Bezit heeft ten gevolge, dat de bezitter voor eigenaar wordt gehouden, en in het bezit mag blijven, tot dat een ander den eigendom geregteijk heeft ingewonnen. Zie over dit bewijsvermoeden ook hierboven mijn noot 497.

rechten en het bezit van roerende goederen. De wet bepaalt wat roerend en wat onroerend is.⁸³⁷

2.2 De bescherming van roerende goederen

2.2.1 Het vraagstuk: 'Bezit geldt als volkomen titel'

Het WNH verleent de bezitter van roerende goederen een sterke rechtspositie: zij kan alleen ontkracht worden met een beroep op onvrijwillig bezitsverlies en dan nog alleen binnen drie jaar na de dag van het verlies of de diefstal. In alle andere gevallen geldt 'Met betrekking tot roerende goederen, geldt het bezit voor een volkomen titel'.⁸³⁸ Deze regel is een variant op de regel uit de *Code civil*, die al in 1804 bepaalde: *En fait de meubles, la possession vaut titre*, dat wil zeggen: met betrekking tot roerende zaken geldt bezit als titel.⁸³⁹

Het voorschrift 'bezit geldt als volkomen titel' werd niet alleen gecodificeerd in het WNH, maar ook in het OBW (art. 2014 lid 1). De bewoordingen waarin dit voorschrift is vervat zijn, op het eerste gezicht, verre van duidelijk. Ze ontlokten aan Van Oven de volgende verzuchting:

⁸³⁷ Zie Brandsma 2006, p. 240, die erop wijst dat de WNH op het punt van roerende goederen het Rooms-Hollandse recht volgde en daarmee afweek van de *Code civil*: 'In de Code was op dit punt [goederen die door wetduiding voor roerend moeten worden gehouden, *HHR*] de Franse gemeenrechtelijke leer opgenomen die vorderingen als roerend kwalificeerde als ze roerende goederen betroffen (art. 529), maar als onroerend als ze strekten tot het opeisen van een onroerend goed (art. 526). Naar Rooms-Hollands rechte evenwel zette zich op den duur de opvatting van Paulus Voet, de vader van Johannes door, die vorderingen ongeacht hun voorwerp als roerend beschouwde. Slechts zakelijk rechtsoverdrachten (reële actiën) betreffende onroerende goederen, en niet alle rechtsoverdrachten strekkende tot het opeisen van onroerende goederen (art. 526 C.C.) werden als onroerend beschouwd (art. 424). Het W.N.H. was ook hier dus 'ingerigt voor het Koninkrijk Holland.'

⁸³⁸ 1906 WNH: Met betrekking tot roerende goederen, geldt het bezit voor een 'volkomen' titel: Niettemin kan de geen, die eene zaak verloren heeft, of aan wien dezelve onvreemd is, die zaak gedurende drie jaren, ingaande met den dag van het verlies of de onvreemding, als zijn eigendom reclameren, bij wien hij dezelve ook vinden moge; behoudens het verhaal van den houder tegen den geen', van wien hij dezelve zaak bekomen heeft.

⁸³⁹ 2279 *Code civil*: En fait de meubles, la possession vaut titre. Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient. Zie over de totstandkoming en geschiedenis van dit voorschrift nader: Zwolve 2006, p. 290-299 e.v.

Als de uitspraak van een sfynx klinken die woorden; zij zeggen niets en men kan er uit halen wat men verkiest. Ze staan op zich zelf, buiten verband met enige andere wettelijke bepaling, slaande uit het stelsel als een insluipsel van een vreemde wet, een overblijfsel uit een rechtsstelsel dat eens met het onze saamgeweven was. En sinds tientallen jaren zwermen de Oedipi van het Nederlandse juristendom om deze sfynx heen, trachtend de oplossing te vinden van het raadsel. Wat willen de woorden zeggen? In hoeverre trekken zij een streep door de andere bepalingen onzer wet? Welke maken ze overbodig? Wat laten ze in stand? Dat alles is keer op keer door onze beste juristen gevraagd zonder dat er algemene eenstemmigheid is verkregen.⁸⁴⁰

Meijers achtte de bewoordingen van de rechtsregel eveneens onduidelijk. In zijn opstel ‘Het feillooze deel van ons Burgerlijk Wetboek’ vroeg hij de wetgever om ‘verduidelijking van de regel “bezit geldt als een (sic) volkomen titel”’.⁸⁴¹

Hieronder verklaar ik het vraagstuk van de bewoordingen van de ‘raadsel-achtige’ rechtsregel vanuit een rechtshistorisch perspectief.

2.2.2 *De saisine-rechtelijke achtergrond van de regel*

De sleutel voor het begrip van de bewoordingen ligt mijns inziens niet in het Romeinse recht, maar in het gewoonterecht met betrekking tot de *saisine*.⁸⁴² We moeten ons verplaatsen in de Franse jurist die ten aanzien van goederen uitgaat van het *saisine*-beginsel en niet het Romeinsrechtelijke onderscheid maakt tussen bezit en eigendom. Het enige onderscheid dat voor hem van belang is, is een onderscheid in rang: tussen hogere en lagere rechten. Dit verschil vormde de grondslag van de acties van het *saisine*-recht, een recht dat aanvankelijk niet onderscheidde tussen roerende en onroerende goederen. En op de keper beschouwd zijn zelfs deze aanduidingen juridisch-technisch incorrect: het *saisine*-recht kende niet zuiver het Romeinsrechtelijke begripsmatige onderscheid tussen roerende en onroerende zaken, *res mobiles* en *res soli*. Het recht was ontstaan in een agrarische samenleving en gebaseerd op het trekken van nut uit een zaak en beschermde diens gevolge het bezit van nuttige zaken. Dat bezit bestond bij uitstek uit onroerende zaken, zoals landbouwgrond en huis en haard, maar hiertoe rekende men zonder enige juridische gewetenswroeging ook de roerende zaken die ‘erbij hoorden’. Zo golden de ploeg en de os die gebruikt werd deze te

⁸⁴⁰ Van Oven 1908 (*WPNR* # 2016), p. 418.

⁸⁴¹ Meijers 1928 (*WPNR* # 3031), p. 50, punt 12. Het lijkt erop dat Meijers hier art. 1906 WNH aanhaalt (zie mijn noot 838), in plaats van het eerste lid van art. 2014 OBW: Met betrekking tot roerende goederen die noch in renten bestaan, noch in inschulden welke niet aan toonder betaalbaar zijn, geldt het bezit als volkomen titel.

⁸⁴² Zie ook hierboven, p. 172 e.v.

trekken als onderdeel van de boerderij en waren daardoor onroerend.⁸⁴³ Een spoor van deze zienswijze vinden we nog terug in de voorschriften van het WNH en de *Code Civil* die bepalen welke goederen wettelijk ‘naar hun bestemming’ als onroerend worden beschouwd.⁸⁴⁴ Het *saisine*-recht beschermde deze goederen oorspronkelijk met het rechtsmiddel van de *complainte en cas de saisine et nouvelleté*. Dat men in de dertiende en veertiende eeuw ook roerende zaken als voorwerp van *saisine* beschouwde staat volgens Lévy en Castaldo buiten twijfel.⁸⁴⁵

Loysel en talrijke opschriftgestelde gewoonterechten verklaren dat de *saisine* slechts van toepassing is op onroerende goederen. De teksten uit de Middeleeuwen wijzen eveneens de *saisine* af van *cateux* [de Engelse *chattels*, *HHR*] (in de zin van roerende zaken). Eigenlijk heeft *saisine* alleen betrekking op vruchtdragende goederen, waaruit men door regelmatige handelingen het gewin en het genot trekt. Desalniettemin spreekt Beaumanoir (nr. 970) van de *saisine* van een paard of van een ander dier, van munten «*of van een roerende zaak zoals hij is*» en arresten van het parlement uit 1317 en 1318, bewaard in het *Olim*, vermelden de *saisine* van zakken vlas of tonnen wijn.⁸⁴⁶ Sommige moderne schrijvers hebben geprobeerd deze getuigenissen te verwerpen, maar tevergeefs: het betreft altijd een *saisine*, met betrekking tot roerende zaken, maar de handelingen waardoor zij geuit zijn zijn duidelijk anders dan die de *saisine* van een veld tot uitdrukking brengen. De *saisine* is altijd het gegeven van gebruik en genot van een zaak, maar de handelingen van

⁸⁴³ Vgl. Ogris 1964 s.v. *gewere*, p. 1662: ‘Den Fragen des Rechtsverkehrs und Rechtsschutzes und damit der G. [Gewere, *HHR*] im Fahrnisrecht kam allerdings in älterer Zeit faktisch wohl nur untergeordnete Bedeutung zu, da die meisten Fahrnisgegenstände als Zubehör liegenden Gutes (als Inventar von Haus und Hof oder als Bestandteil einer Vermögensmasse) galten und daher von der Liegenschaftsgewere miterfaßt wurden.’ In dezelfde zin Van Neste 1990 (V), p. 97: ‘De idee van roerende goederen in de categorie der onroerende goederen op te nemen is van Germaanse oorsprong.’ De notie van ‘onroerende zaken door bestemming’ vindt zijn oorsprong dus in het *saisine*-recht. Zie ook Patault 1989, p. 98 (nr. 83): ‘Le meuble, associé à l’immeuble, soit par la nature soit par la main de l’homme, est considéré très tôt comme un immeuble. Un arrêt du Parlement de Paris de 1280 répute immeuble «toute chose qui tient à cheville, à clou ou à racine». L’interêt de cette décision, qui est à la origine de la notion moderne d’immeuble à perpétuelle demeure, est de conserver au fonds toute sa valeur. L’utilité économique, très présente dans le droit coutumier, l’emporte sur la mobilité.’

⁸⁴⁴ Zie bijv. art. 417 WNH: Goederen zijn onroerende, of uit hunnen aard, of door hunne bestemming, of door het onderwerp, waarop zij worden toegepast. De in mijn voorbeeld genoemde ploeg werd in het WNH als onroerend beschouwd op grond van art. 422 WNH, de os op grond van art. 420 WNH.

⁸⁴⁵ Zie ook hierboven, p. 150 e.v.

⁸⁴⁶ Zie ook hierboven mijn noot 576.

het gebruik en het genot zijn niet dezelfde, al naar gelang het roerende of onroerende goederen betreft.⁸⁴⁷

Maar naarmate de complainte steeds meer vereenzelvigd werd met het Romeinse interdict voor onroerende zaken, het *interdictum uti possidetis*, ontviel de bescherming voor roerende goederen.⁸⁴⁸ Voor de bescherming daarvan moest men toen een oplossing vinden. In deze ontwikkeling zie ik de reden voor de introductie van de regel dat bezit gold als titel, *possession vaut titre*. Deze stap voorzag in de behoefte van bescherming van roerende goederen zonder dat er gebruik gemaakt hoefde te worden van het Romeinse bezitsinterdict voor roerende zaken, *interdictum utrubi*. Dit interdict werd daarom niet gerecipeerd.

Bij de behandeling van het ontwerp van de *Code civil* in het Wetgevend Lichaam, *Corps Législatif*, werd de afwezigheid van het Romeinsrechtelijke bezitsinterdict expliciet aan de orde gesteld. Bigot-Préameneu wees er op dat Franse recht, anders dan het Romeinse, ten aanzien van roerend goed geen afzonderlijke bezitsactie kende: het maakte geen onderscheid tussen bezit en eigendom.⁸⁴⁹ Het ontwerp nam daarom de in de praktijk ontstane algemene regel

⁸⁴⁷ Lévy & Castaldo 2002, p. 515 (§ 359): 'Loysel, ainsi que de nombreuses coutumes rédigées, affirment que la saisine ne s'applique qu'aux *immeubles*. Des textes du Moyen âge opposent ainsi les *cateux* (au sens de *meubles*, V. n° 216) aux *saisines*. La saisine proprement dite porterait donc sur les biens frugifères, dont on peut faire des actes réguliers d'exploitation et de jouissance. Néanmoins Beaumanoir (n° 970), parle de la saisine d'un cheval ou d'une autre bête, de deniers «ou de meuble queus qu'il soit», et des arrêts du parlement de 1317 et 1318, conservés aux *Olim*, font état de la saisine de sacs de lin ou de tonneaux de vin. Certains interprètes modernes ont tenté d'écarter ces témoignages, mais les actes qui la manifestent sont évidemment différents de ceux qui traduisent la saisine d'une terre. La saisine est toujours le fait d'user et de jouir d'une chose, mais les actes d'usage et de jouissance ne sont pas semblables, selon qu'il s'agit de meubles et d'immeubles.' In dezelfde zin: Halpérin 2008, p. 70; Alauzet 1849, p. 108-109; 155. Zie ook Meijers 1946, p. 391 e.v. Vuye 1995, p. 8 behoort tot de schrijvers die aannemen dat de saisine alleen op onroerende goederen sloeg.

⁸⁴⁸ Ik besprak deze ontwikkeling hierboven, p. 151 e.v.

⁸⁴⁹ 'Le droit romain accordait, sous le nom *interdictum utrubi*, une action possessoire à ceux qui étaient troubles dans la possession d'une chose mobilière. Mais dans le droit français on n'a point admis à l'égard des meubles une action possessoire distincte de celle sur la propriété; on y a même regardé le seul fait de la possession comme un titre: on n'en a pas ordinairement d'autres pour les choses mobilières. Il est d'ailleurs le plus souvent impossible d'en constater l'identité, et de les suivre dans leur circulation de main en main. Il faut éviter des procédures qui seraient sans nombre, et qui le plus souvent excéderaient la valeur des objets de la contestation. Ces motifs ont dû faire maintenir la règle générale suivant laquelle, en fait de meubles, la possession vaut titre. Cependant ce titre n'est pas tel qu'en cas de vol ou de perte d'une chose mobilière, celui auquel on l'aurait volé ou qui l'aurait perdue, n'ait aucune action contre celui qui le possède. La durée de cette action a été fixée à trois ans: c'est le même temps qui avait été réglé à Rome par Justinien: c'est celui qui était le plus généralement exigé en France.' Fenet 1836 (XV), p. 600. Zie ook Hooykaas 1949, p. 30 (m.n. noot 15a).

over dat het bezit van roerende zaken een titel oplevert, tenzij er sprake was van verlies of diefstal. Bigot-Préameneu verwijst naar de regel die volgens de algemeen gehuldigde bron van het artikel – Bourjon – vaste rechtspraak was van het *Châtelet de Paris*.⁸⁵⁰

Salomons heeft de wijze waarop Bourjon de regel uiteenzet onderzocht. Hij stelt vast dat diens gebruik van het woord ‘titel’ niet eenduidig is: Bourjon gebruikt het als eigendomstitel, maar ook als titel voor overdracht.⁸⁵¹ Die twee duidingen zijn Romeinsrechtelijk van aard. Maar ligt het nu voor de hand om een regel die zich, zoals Bigot-Préameneu opmerkte, onafhankelijk van het Romeinse recht ontwikkelde en geen verschil maakt tussen bezit en eigendom te duiden met behulp van het Romeinse recht? Ligt het niet meer voor de hand om de term in te vullen met behulp van het *saisine*-recht, temeer omdat bekend is dat het *Châtelet* zich veel minder door de beginselen van het Romeinse recht liet leiden dan bijvoorbeeld het Parlement van Parijs?⁸⁵²

2.2.3 Verklaring voor de regel ‘Bezit geldt als titel’

‘(...) thans meent welhaast niemand meer dat het leerstuk een *rechtstreekse* germaansrechtelijke wortel heeft (...)’⁸⁵³

Wielant gebruikt in zijn uiteenzetting van het *saisine*-recht het woord ‘titel’, maar hij gebruikt het als synoniem voor *saisine*.⁸⁵⁴ Nadat hij heeft uiteengezet dat *nieuwichede* uit Frankrijk komt en onbekend is bij de academisch geschoolden, schrijft hij:

§ 5. Ende zy houden dat saisine is een poffessie van rechte / commende ende spruytende vuyt dry manieren van *possessie ofte tijtlen* [cursivering, *HHR*] / te weeten vuyt successie / vuyt ghifte / ende vuyt occupatie.⁸⁵⁵

⁸⁵⁰ Zie hierover Salomons 1997, p. 41 e.v.

⁸⁵¹ Salomons 1997, p. 49: ‘Tussen de geciteerde passages bestaat een belangrijk verschil. Volgens de passage op pagina 145 geldt het bezit als eigendomstitel, ofwel: de bezitter geldt als eigenaar. In de passages op pagina’s 458 en 470 geldt het bezit als titel voor overdracht (in de zin van art. 3:84 lid 1 BW) ofwel: het bezit bewijst dat de bezitter de zaak krachtens (bijvoorbeeld) koopovereenkomst ontvangen heeft.’

⁸⁵² Meijers 1927 (*WPNR* # 3026), p. 895 noot 1 (VPO, II, p. 138, noot 1).

⁸⁵³ Salomons 1997, p. 4.

⁸⁵⁴ Zie ook hierboven, p. 172 e.v.

⁸⁵⁵ Wielant 1573, I, Cap. viii, p. 37-38. Vgl. De Damhouder 1626, p. 70, CAP XXXIII, § 8: ‘Defē failfine dan applicceert-men op drie manieren / namentlijck in fuccessien/ leveringen/ende occupatien. Daeromfe oock een drie-voudighen titel heeft/ te weten/ Saisine of poffessie van fuccessie / Leverantie / ende van occupatie.’ Zie voor de voor de paragrafen die aan § 5 voorafgaan hierboven, p. 172.

Wanneer we het woord ‘titel’ verbinden aan het begrip *saisine*, vallen de puzzelstukjes op hun plaats. Dan betekent de uitdrukking ‘*en fait de meubles, la possession vaut titre*’ niets anders dan: bij roerende goederen geeft bezit *saisine*. Alleen wie het goed onvrijwillig verloren heeft is in staat – binnen de gestelde termijn – het juridische pantser van de bezitter te doorbreken.⁸⁵⁶ Kortom: een simpele, praktische regeling voor de bescherming van roerende goederen die de Parijse rechtbank naadloos kon inpassen in het bestaande rechtssysteem. Deze voorstelling van de oorsprong van de regeling lijkt me aannemelijker dan die van Lévy & Castaldo die haar aanmerken als een ‘praetoriaanse schepping, zonder enige basis in de teksten en zelfs tegen de teksten in’.⁸⁵⁷

De herleiding van de regel naar het *saisine*-recht levert verder een bevredigende oplossing voor het probleem van de verhouding tussen bezit en eigendom. Salomons verwoordde het vraagstuk als volgt: “Er resteert nog een groot probleem: de bezitter is veilig tegen revindicatie, maar is hij daarmee ook eigenaar geworden?”⁸⁵⁸ De voor de hand liggende oplossing, naar Romeins recht, is de verheffing van bezitter tot eigenaar door verkrijgende verjaring. Maar het leerstuk van verkrijgende verjaring eist in het klassieke Romeinse recht méér dan louter bezit. Volgens een uit de Middeleeuwen afkomstig zesvoetig versje, *hexámeter*, is voor verjaring vereist: *res habilis, fides, possessio, titulus, tempo*, oftewel een voor verjaring geschikte zaak, goede trouw, bezit, titel en tijdsverloop.⁸⁵⁹ Van deze eisen stelt het *Châtelet* alleen die van bezit. Theoretisch is het mogelijk om de eis van het tijdsverloop op 0 te denken, zodat ook aan deze eis uit het Romeinse recht is voldaan, maar weinig juristen zullen ontkennen dat dit een gewrongen constructie is.⁸⁶⁰ Ze levert bovendien niet het gewenste resultaat: er resteren nog steeds andere, door het voorschrift niet gestelde, eisen.

⁸⁵⁶ Zie ook Salomons 1997, p. 48 noot 50: ‘(...) Op p. 1094 bestrijdt hij [Bourjon, *HHR*] de visie van Bretonnier, Duplessis en Brodeau dat voor roerende zaken wel verkrijgende verjaring bestaat: ‘j’ai toujours vu cette opinion rejetée au châtelet, où l’on tient pour maxime, qu’en matière de meubles, la possession vaut titre de propriété, à moins que le meuble ne soit furtif; (...) ainsi je me tiens à cette jurisprudence, comme étant salulaire & conforme à l’ordre public & à la sûreté du commerce.’ Hieruit blijkt dat het Châtelet (naar Bourjons mening) niet slechts de uitzondering in geval van gestolen zaken, zoals men uit de geciteerde passage sub II zou kunnen afleiden, maar ook de hoofdregel voor toevertrouwd goed hanteerde.’ Zie ook: Meijers 1927 (*WPNR* # 3026), p. 896-897 (*VPO* II, p. 140-141).

⁸⁵⁷ Lévy & Castaldo 2002, p. 626 (§ 428): ‘Le parlement de Paris, et peut-être plus encore le Châtelet, tribunal de première instance, ont forgé une création *prétorienne*, sans aucun texte et même contre les textes.’

⁸⁵⁸ Salomons 1997, p. 50.

⁸⁵⁹ Zie bijv. Van Oven 1948, p. 87. Kritisch over de hedendaagse toepassing van dit geheugensteuntje van het Middeleeuwse onderwijs toont zich Pool 2006 (*Ars Aequi*), p. 713.

⁸⁶⁰ Zie bijv. Jansen 2011, p. 206 e.v.; Schut 1976, p. 4; Hoffmann 1928 (*WPNR* # 3059), p. 506-507.

Maar het gewichtigste argument tegen deze zienswijze tref ik aan bij onze belangrijkste kenbron voor de regel, Bourjon. Die begint zijn hoofdstuk over verjaring namelijk met een ontkenning dat verjaring enige rol speelt bij roerende zaken.⁸⁶¹

De verjaring is van geen enkele betekenis: zij heeft geen enkel nut wat roerende zaken aangaat, omdat, met betrekking tot dergelijke goederen, het simpele bezit resulteert in een volkomen titel: (...).⁸⁶²

Salomons acht het mogelijk dat Bourjon zich niet bewust is geweest van de complicatie die deze ontkenning meebrengt.⁸⁶³ Die complicatie bestaat echter alleen als men de tekst probeert uit te leggen met behulp van het Romeinse recht: het *saisine*-recht onderscheidt niet tussen bezit en eigendom.⁸⁶⁴ Als de Parijse rechtbank inderdaad aan het bezit van roerende goederen de *saisine* vastknoopte, dan speelt verkrijgende verjaring geen rol van betekenis.⁸⁶⁵ Pogingen om deze heerschappij en haar bescherming te duiden met behulp van haar wezensvreemde Romeinsrechtelijke begrippen als civiel bezit en eigendom kunnen dan alleen verwarring stichten.

Gezien Bourjons stellige uitspraak is de plaatsing van de regel ‘bezit geldt als titel’ in de *Code civil* merkwaardig: als verjaring geen nut heeft voor roerende goederen, waarom plaatste men dit voorschrift dan in de afdeling ‘Enige bijzondere verjaringen’, *De quelques prescriptions particulières*? Kennelijk zat men zodanig met dit voorschrift in zijn maag dat men meende dat het een bijzondere plaats moest krijgen, zelfs buiten de tweede afdeling die de algemene verjaringsregels bevat. Als bezit van roerende goederen krachtens de *Code civil* eigendom zou opleveren, waarom plaatste men het dan niet bij de wijzen van

⁸⁶¹ Deze regel zou slechts één uitzondering kennen bij onvrijwillig verloren roerende zaken. Zie hierover mijn noot 856 en Zwolve 2006, p. 291.

⁸⁶² Vgl. Bourjon 1770 (I), p. 1094: ‘La prescription n’est d’aucune considération; elle ne peut être d’aucun usage quant aux meubles, puisqu’elle, par rapport à de tels biens, la simple possession produit tout l’effet d’un titre parfait: (...)’.

⁸⁶³ Salomons 1997, p. 50.

⁸⁶⁴ Zie hieronder, 112. Zie ook: Hooykaas 1949, p. 41: ‘Bezit is als rechtsfeit voldoende, of korter, bezit geeft recht.’

⁸⁶⁵ Hetzelfde geldt voor de originele vorm van eigendomsverkrijging door occupatie en de derivatieve wijze van eigendomsverkrijging door bezitsverschaffing. In een rechtssysteem gebaseerd op *gewere* spelen verjaring en occupatie geen zelfstandige rol: zij gaan volledig op in het simpele concept *saisine*, dat het hele scala omvat van de Romeinsrechtelijke begrippen eigendom, bezit en persoonlijk recht (zie hierboven, bij mijn noot 408). Het Romeinsrechtelijke concept van *traditio*, bezitsverschaffing, speelt eveneens een ondergeschikte rol in een systeem waarin rechten overgedragen kunnen worden door simpele overeenkomst: Salomons 1997, p. 49 vermeldt dat dit systeem reeds gold in Frankrijk voor de invoering van de *Code civil*.

verkrijging van eigendom? En als bezit van roerende goederen van eigendom onderscheiden dient te worden, waarom plaatste men het voorschrift dan niet bij voorschriften over bezit?

Het antwoord moet zijn dat bezit van roerende goederen in de Franse Code met geen van beide Romeinsrechtelijke begrippen volledig overeenkomt. Men zag zich vermoedelijk geconfronteerd met het volgende probleem: het is niet mogelijk om *saisine* domweg te vertalen met eigendom, *dominium*. Eigendom is het hóógste recht en daarop mag niemand inbreuk maken. Dat is niet het geval bij *saisine*: die beschermt weliswaar de bezitter, maar verschaft hem slechts een relatieve rechtspositie. Alleen de *rechte gewere* (Frans: *vraie saisine* of *possession annale*), de hoogste positie binnen het *saisine*-recht, is in rechte even onaantastbaar als het Romeinse recht van eigendom. Maar let wel: dit is niet de positie die de Code, in navolging van de rechtspraak van het *Châtelet*, toekent aan de bezitter van roerende zaken. De Code verschaft hem slechts een ‘breekbare’ *saisine*: een relatieve rechtspositie, waarop, weliswaar uitzonderingsgevijs, maar toch nog steeds inbreuk gemaakt kan worden door personen die het door hem bezeten roerend goed onvrijwillig hebben verloren.⁸⁶⁶ Volgens de regels van het *saisine*-recht kan iemand zijn *gewere* immers alleen verliezen met zijn instemming.⁸⁶⁷ Dat betekent dat de bezitter ten aanzien van de onvrijwillige verliezer nog steeds aan het verjaren is. Voor die verjaring is de term ‘verzwijging’ beter op zijn plaats dan termen als ‘verkrijgend’ of ‘bevrijdend’.⁸⁶⁸ Na de verzwijgingstermijn wordt het oorspronkelijk kwetsbare bezit omgezet in een *vraie saisine*. Tot die tijd kan degene die het goed onvrijwillig verloren heeft de huidige bezitter aanspreken op zijn verbintenis om het goed aan hem af te geven.⁸⁶⁹

⁸⁶⁶ Het tweede lid van 2279 Cc luidt: Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient.

⁸⁶⁷ Deze regel, door Huber aangeduid als de *Defensivwirkung* van de *Gewere*, lijdt alleen uitzondering in het geval van een correct verlopen rechterlijke buitenbezitstelling, zie hierboven, p. 97.

⁸⁶⁸ Zie hierboven, p. 109.

⁸⁶⁹ Vgl. Halpérin 2008, p. 71: ‘ En l’absence d’investiture, le délai d’an et jour fonctionne aussi comme une sorte de prescription extinctive pur libérer le tenancier – ne dit-on pas, pour attirer les serfs dans les communes, que «l’air de la ville rend libre»? – et lui reconnaître un «juste titre» de saisine incontestable.’

Zie ook Lévy & Castaldo 2002, p. 519 (§ 361) over de oorspronkelijke werking (voorafgaand aan de 13e eeuw) van de *saisine* van jaar en dag: ‘Ensuite, et quant aux effets, il faut remarquer que leur nature est moins d’ordre acquisitif que d’ordre extinctif: on a moins acquis la saisine qu’étéint les droits d’agir des tiers qui voudraient contester ceux du possesseur. Il s’agit donc d’un délai général de prescription extinctive, de déchéance ou de forclusion pour nombre de droits et d’actions, au point que les chartes d’urbaines

Deze voorstelling verklaart ook waarom we het voorschrift in de Franse Code aantreffen temidden van andere voorschriften over personen die hun rechtsvordering op tijd moeten instellen, willen zij deze niet door verjaring teniet zien gaan, zoals twee voorschriften ontleend aan een ordonnantie van Louis XII uit 1512 die bepaalt dat lakenhandelaren, apotheekehouders, bakkers, banketbakkers, slotenmakers, kousenkopers, herbergiers, modeontwerpers, schoenmakers, zadelmakers, etc. verplicht zijn om hun vorderingen voor hun leveranties binnen zes maanden in te dienen, zelfs als er daarna opnieuw is geleverd.⁸⁷⁰

Ik plaats het ontstaan van de regel ‘bezit van roerende goederen geldt als titel’ dus in de tijd waarin men onder invloed van de studie van het Romeinse recht gewoonterechtelijke regels probeert uit te leggen met het geleerde recht. Dat proces duidt men wel aan als lijdelijke interpretatie, *interpretatio passiva*.⁸⁷¹ ‘Verzwijging’ wordt ‘verjaring’, *prescription*, maar omdat het Germaanse gewoonterecht het onderscheid vreemd is tussen zakenrecht en verbintenissenrecht⁸⁷² treedt in Franse *Coûtures* nu eens de verkrijgende verjaring op de voorgrond, dan weer de bevrijdende. *Saisine* wordt, afhankelijk of men de nadruk legt op het feitelijke, dan wel juridische deel van het begrip aangeduid als possessie, *possession*, dan wel het recht op bezit: titel, *titre* of eigendom: *propriété*. En het hele proces leidt tot een resultaat dat niet altijd leerstellig

réservent le droit d’agir au-delà de l’an et jour aux mineurs, aux absents ou à l’encontre d’un possesseur qui aurait clandestinement. Il s’agit donc peut-être plus un délai de *perte de la saisine* pour les tiers que d’*acquisition* de celle-ci pour son titulaire. Au bout du délai, celui-ci va avoir la possession et la propriété (qui sont, on l’a vu, mal distingués) ou, du moins, il se trouve protégé contre à peu près toutes les actions atteintes par la forclusion.’

⁸⁷⁰ Het gaat om de artt. 2271 en 2272 Code Civil. Zie Bigot-Préameneu in zijn uiteenzetting van het ontwerp voor het Corps Législatif bij Fenet 1836 (XV), p. 594: ‘Il est encore quelques prescriptions qui sont particulières au droit français, et dont l’usage a fait sentir la nécessité. Il avait été statué par l’article 68 de l’ordonnance de *Louis XII* en 1512, “Que les drapiers, apothicaires, boulangers, pâtisseries, seruriers, chaussetiers, taverniers, couturiers, cordonniers, selliers, bouchers ou distribuans leur marchandises en détail, seraient tenus de demander leur paiement dans six mois, pour ce qui aurait été livré dans les six mois précédens, lors même que les livraisons auraient continué.” Deze plaatsing is overgenomen in het OBW (art. 2014 OBW) en werd bestreden door Veegens/Oppenheim 1925 (II), p. 31: ‘De vermelde regel komt voor in de titel over verjaring, en wel in de afdeling daarvan, die handelt over verjaring als middel om van een verplichting bevrijd te worden. Deze minder gelukkige plaatsing heeft onderscheidene rechtsgeleerden geleid tot leerstellige beschouwingen, waardoor aan de kracht van de regel min of meer afbreuk gedaan wordt.’

⁸⁷¹ Vgl. Zwalve 2012, p. 115: ‘(...) *interpretatio passiva*, i.e. the explanation of local customary and statutory law, using the language and concepts of the civil law.’

⁸⁷² Het *gewere*-recht met betrekking tot onvrijwillig bezitsverlies wortelde in het strafrecht, zie hierboven mijn noot 485.

verantwoord kan worden vanuit de beginselen van het Romeinse of het gewoonterecht: het gaat nu eenmaal om uiteenlopende rechtssystemen.

2.2.4 *De rechtspraak van het Châtelet de Paris is niet uniek*

In de eerste plaats hebben de rechtshistorici zich met de vraag beziggehouden: heeft BOURJON zijn stelsel uitgevonden of heeft hij werkelijk, gelijk hij beweert, het aan de toenmalige rechtspraak van het châtelet – de rechtbank van Parijs – ontleend; en is het laatste het geval, is dat een nieuwe rechtspraak, die zich onder invloed van een toenemend handelsverkeer gevormd heeft, of juist omgekeerd de voortleving van een eeuwenoude, elders geheel uitgestorven praktijk?⁸⁷³

De vragen die Meijers hier opwerpt verdienen beantwoording.

Ik zette hierboven uiteen dat Bourjons beschrijving van de bescherming voor roerende goederen teruggaat op de bescherming van het *saisine*-recht. Dat betekent dat deze bescherming noch door Bourjon, noch door het *Châtelet* is uitgevonden, het *Châtelet* heeft gewoon het geldende gewoonterecht toegepast. Hofmann vermeldt dat er met name vragen zijn gerezen over het frequente gebruik door Bourjon van de spreuk *possession vaut titre*, terwijl men bij andere schrijvers hoogstens uitdrukkingen van gelijke strekking aantreft.⁸⁷⁴ Maar is het werkelijk noodzakelijk dat deze wijze van het formuleren van de rechtsregel, kennelijk Bourjons lievelingsuitdrukking, *per se* door anderen op letterlijk dezelfde wijze gebruikt wordt, of drukt zij voor tijdgenoten een vanzelfsprekend beginsel uit? Op het laatste wijst naar mijn mening het gegeven dat Bourjon het onnodig achtte om een nadere onderbouwing van de rechtsregel te geven.

Op deze plek behandel ik Meijers tweede vraag. Het zal inmiddels duidelijk zijn dat ik de idee afwijs dat de rechtspraak van het *Châtelet* een nieuwe rechtspraak is, die zich heeft gevormd onder invloed van een toenemend handelsverkeer. Evenzeer wijs ik af de idee dat het gaat om ‘de voortleving van een elders geheel uitgestorven praktijk’. Meijers’ woordkeus doet deugd, omdat ik voor een weerlegging slechts hoeft aan te tonen dat er op één andere plaats dezelfde praktijk heerste: kortom dat de rechtspraak van het *Châtelet* niet uniek is. Daartoe acht ik mijzelf in staat: een weergave van het recht in alle streken van Frankrijk zou het bestek van mijn onderzoek te boven gaan.

⁸⁷³ Meijers 1927 (*WPNR* # 3026), p. 896.

⁸⁷⁴ Hofmann 1928 (*WPNR* # 3060), p. 518: ‘Het is bekend, dat de spreuk “possession vaut titre” die BOURJON in zijn werk zoo vaak ten aanzien van het recht op roerend goed te pas brengt, bij andere schrijvers vrijwel nooit in dat verband gevonden wordt. Zooals bij BOURJON vindt men haar alleen maar bij VALIN, die haar duidelijk aan BOURJON ontleend heeft, en bij DE CHESNAYE. Bij andere schrijvers vindt men hoogstens nu en dan uitdrukkingen van gelijke strekking. Aldus b.v. bij DENISART en DE DESSERARTS.’

Als gebied van onderzoek koos ik het land en het hertogdom van Bretagne. Het recht ten aanzien van roerende goederen van deze streek wordt beschreven in de rechtspraak en regels van gewoonterecht, de *Coûtume de Bretagne*.⁸⁷⁵ Het gebied is overigens ‘onverdacht’: het is territoriaal verwijderd van Parijs en, anders dan andere gebieden, toonde de rechtspraak van Bretagne zich niet erg genegen tot het overnemen van uit Parijs afkomstig gewoonterecht.

Om te slagen in mijn bewijsvoering dat de door Bourjon aangehaalde rechtspraak van de Parijse rechtbank niet uniek is, maar dat men dit systeem ook elders vinden kan, moet ik voor het Bretonse recht de volgende zes punten aantonen:

1. Dat in Bretagne het *besit* van roerende goederen oorspronkelijk beschermd werd, niet louter de eigendom.⁸⁷⁶
2. Dat die bescherming plaatsvond op grond van het *saisine*-recht en niet op grond van het Romeinse of canonieke recht.
3. Dat de bezitsbescherming uitzondering leed wanneer de vorige bezitter zijn *saisine* onvrijwillig verloren had: hij kon zijn *saisine* opeisen gedurende een bepaalde termijn.
4. Dat na het verstrijken van deze verzwijgingstermijn de huidige bezitter een onaantastbare positie verkreeg.
5. Dat de verzwijgingstermijn later, onder invloed van het Romeinse recht, uitgelegd werd als een verkrijgende verjaring, *usucapio*, van het betreffende goed door de nieuwe bezitter.
6. Dat degene die een goed op onvrijwillige wijze verloren had gedurende de ‘verjaringstermijn’ nog steeds ‘zijn’ goed in rechte kon opeisen.

Als ik erin slaag om deze punten aan te tonen, dan acht ik bewezen en verklaard dat de hoofdregel en uitzondering van art. 2279 *Code civil* voortkwamen uit een eeuwenoude, in het Franse recht terug te vinden praktijk.⁸⁷⁷ Dat werpt een ander licht op de overname van de regeling in het WNH en het OBW.

⁸⁷⁵ Het verdient opmerking dat er niet één *Coûtume* voor Bretagne bestaat, maar dat het gewoonterecht van Bretagne drie maal opnieuw is opschriftgesteld oftewel ‘gereformeerd’. Zo kent bestaan naast de laatste *Coûtume de Ancienne Coûtume* (AC) en de *Très Ancienne Coûtume* (TAC). Tenzij anders vermeld gebruik ik als bron steeds de laatste *Coûtume*, omdat dit de beste vergelijkingsmogelijkheid biedt voor het werk van Bourjon omdat zij de toepasselijke wetgeving van Bretagne bevatte Bourjon zijn werk schreef.

⁸⁷⁶ Zie bijvoorbeeld mijn noten 791 en 849.

⁸⁷⁷ Wellicht ten overvloede wijs ik er op dat art. 2279 CC is omgenummerd en in het huidige wetboek terug te vinden is als art. 2276 CC. Omdat ik mij beperk tot de invloed van het Franse recht op het onze, laat ik deze omnummering verder buiten beschouwing.

Het volgende voorschrift bewijst volgens mij dat in Bretagne het bezit van roerende goederen oorspronkelijk beschermd werd en niet louter de eigendom (punt 1). Men treft het aan in de vierde titel van de *Coûtume*:

Art. 103. Men kan [zogeheten, *HHR*] *plégemens*⁸⁷⁸ instellen over alle zaken die men kan bezitten⁸⁷⁹, zowel roerend als onroerend, lichamelijke als onlichamelijke rechten: opdat degene die de *plége* instelt niet wordt gestoord, lastig gevallen, noch gemolesteerd in zijn bezittingen, voor het behoud van zijn rechten. En de *plégement* zal gedaan zijn binnen jaar en dag van de opgetreden storing of dreiging.⁸⁸⁰

De volgende vraag is welk recht ten grondslag ligt aan de bezitsbescherming van roerende zaken.

Het antwoord op deze vraag zie ik met name gelegen in de tekst van een voorschrift over bewijsrecht:

⁸⁷⁸ De uitdrukking *plégement* is zeer oud en Franse juristen bemoeien zich zeer met de verklaring van het woord. De volgende verklaring is afkomstig uit de *Motays* 1725, p. 100: 'Le mot de plement se prend quelquefois pour cautionnement & assurance, quelquefois pour saisies & Arrêts de fruits, credits ou autres choses mobilières, & en cet art. il signifie la complainte & reintegrande mentionnée au Titre 18. de l'Ordonnance de 1667 dont l'action doit être intentée dans l'an & jour du trouble, tant en matière prophane que bénéficiale.' Meer uitgebreid: Hevin/'d'Argentré/Poullain de Belair/du Moulin 1745 (I), p. 386 e.v.

⁸⁷⁹ Het verdient opmerking dat de etiologist D'Argentré als zijn mening te kennen geeft dat het hier gaat om het natuurlijk bezit en niet om het civiel bezit 'dat de doctoren tot vervelens toe behandelen'. Hevin/'d'Argentré/Poullain de Belair/du Moulin 1745 (I), p. 387, sub 2: 'D'ARGENTRÉ AIT. *Qui se peuvent posséder*. Cum de possessione Jus Conftuetudiarium agit, de eâ quæ naturalis est intelligit, non de eâ quæ civilis dicitur, & quæ naturali folet adjungi, cum aut separata est, & a personarum varietate discernitur: & quos effectus habeat, diximus in libro de appropriementis, Art. 265. *gl.in verb. & saisi*. Nec enim tam frequens tractatione foro. D'ARGENTRÉ A.C. Il faut ajouter, *par une possession réelle & effective*. Car les possessions civiles, dont les Docteurs traitent jusqu'à l'ennui [cursivering, *HHR*], sont inutiles en cette matière; & si celui, qui soutient avoir cette forte de possession civile, a perdu la naturelle pendant plus d'un an, il illéguera en vain qu'il avoit l'esprit & l'intention de la retenir ou de la recouvrer. Cela a été amplement traité dans le titre des apropiemens.'

⁸⁸⁰ *Coûtume de Bretagne*, Titre Quatrième: Des plégements & attentats sur iceux. Art. CIII. On peut former plégements sur toutes choses qui se peuvent posséder, tant meubles qu'immeubles, droits corporels qu'incorporels: à ce que celui qui se plège ne soit trouble, inquietté, ni molesté sur ses possessions, pour la conservation de ses droits. Et se fera le plégement dedans l'an & le jour du trouble fait ou comminé.

Art. 160. Wanneer iemand uit de *saisine* van zijn goederen is gezet,⁸⁸¹ zonder zijn instemming of machtiging door Justitie, dan zal hij op zijn belofte geloofd worden over de hoeveelheid van de bewuste goederen, wanneer vooraf betrouwbare lieden⁸⁸² meedelen dat zijn verlies mogelijk zoveel zou kunnen bedragen.⁸⁸³

Het gaat met name om de eerste twee zinsneden. Daar wordt gesproken over het uit de *saisine* gezet zijn zonder instemming of justitiële machtiging. Dit is de essentie van de bezitsbescherming van het *saisine*-recht.⁸⁸⁴

Wanneer iemand onvrijwillig en zonder rechterlijke machtiging uit zijn bezit is gezet, dan ziet hij zich in het *saisine*-recht voor de vraag geplaatst of hij hiertegen in rechte wil verzetten, of, om hem moverende redenen, de daad wil ‘verzwijgen’.⁸⁸⁵ Onderneemt hij geen actie gedurende de verzwijgingstermijn, dan verliest hij zijn recht om de zaak op te eisen (punt 4). De *Coûtume* duidt dit aan als verjaring, *prescription* en het bevat voor roerende goederen het volgende voorschrift:

Art. 284. Roerende zaken verjaren door een tijdsverloop van vijf jaar, behoudens een op schrift gestelde verbintenis, brief of toezegging.⁸⁸⁶

Het valt op dat het voorschrift de *prescription* eigenlijk alleen aan tijdsverloop koppelt: het bevat geen van de aanvullende eisen uit het klassieke Romeinse recht, zoals goede trouw, *bona fides*. Daarom komt de *prescription* op mij over als een beschrijving van de verkrijging van de *vraie saisine* door verzwijging, zij het dat het voorschrift hiervoor geen bezit van jaar en dag eist, maar een lus-

⁸⁸¹ Vgl. Hevin/d’Argentré/Poullain de Belair/du Moulin 1745 (I), p. 472, noot 2: D’ARGENTRÉ A.C. [zie mijn noot 875, *HHR*] art. 168. *Si aucun est deffaiñi*. Malgré les distinctions qu’on a voulu faire, la meilleure opinion est que cette disposition a lieu dans tous les cas où quelqu’un souffre de la perte, par violence, dol, fraude, lacin ou tout autre mauvaise intention. Aussi les termes du texte sont généraux: ceux, *sans son consentement*, le sont également, & s’entendent, quand même il n’y auroit pas de violence: *vetare enim intelligitur qui non consentit*.

⁸⁸² D’Argentré noteert over de zinsnede *Information par gens suffisans*: C’est-à-dire de probité & de réputation. Mais il faut qu’outre le serment marqué ici, on connoisse la quantité notoire des biens. On doute si la somme exprimée par le serment & par la prevue peut être diminuée; mais avant le serment on pourroit informer de la moindre quantité. Hevin/d’Argentré/Poullain de Belair/du Moulin 1745 (I), p. 473 (sub 3).

⁸⁸³ Coûtume de Bretagne, Titre Huitième: Des preuves et sermens. Art. CLX. Si aucun est deffaiñi de ses biens, sans, son consentement, ou autorité de Justice, il fera crû de la quantité deffits biens par son serment, informant préalablement par gens suffisans que sa perte peut être telle.

⁸⁸⁴ Vergelijk hierboven Ssp. II, 24 § 2, weergegeven in mijn noot 414. Zie ook noot 521.

⁸⁸⁵ Zie hierboven, p. 107 e.v.

⁸⁸⁶ Coûtume de Bretagne, art. CCLXXXIV. Chose mobilière se prescrit par l’espace de cinq ans, s’il n’y a obligation, lettre ou promesse par écrit.

trum.⁸⁸⁷ Deze indruk wordt versterkt door de verduidelijking van het voorschrift door Motays, de vermoedelijke opsteller van de in 1725 uitgegeven *Coûtume de Bretagne, et usances particulières de quelques villes et territoires de la mesme province*.⁸⁸⁸ Daarin lezen we:

Art. 284 vertoont enige gelijkenis met art. 160 in de zin dat het voornamelijk ziet op de opeising van roerende goederen, waarvan de eigenaar uit zijn saisine is gezet door verheimelijking, feitelijkeid, diefstal of een ander onrechtmatig middel. Het geeft vijf jaar om te vorderen hetzij terug in de saisine gesteld te worden, dan wel de waarde in geld door een civiele of strafrechtelijke actie, volgens de aard en de hoedanigheid van het feit, in overeenstemming met art. 288.⁸⁸⁹

De grondslag voor de terugvordering op grond van het voorschrift is het onvrijwillig verlies van de *saisine* door verheimelijking, feitelijkeid, diefstal of een ander onrechtmatig middel. Ik maak hieruit op dat de wortels van dit voorschrift liggen in het strafrecht, niet in het verbintenissenrecht.⁸⁹⁰ Het verbaast dan ook niet te vernemen dat men aanneemt dat het voorschrift géén remedie verschaft voor *vrijwillig saisine*-verlies: die wordt beheerst door de verjarings-termijn voor persoonlijke acties van dertig jaar.⁸⁹¹

⁸⁸⁷ De termijn is niet in steen gebeiteld: voordat de *coûtume* hervormd werd was de termijn gesteld op tien jaar, zie D'Argentré in Hevin/d'Argentré/Poullain de Belair/du Moulin 1746 (II), p. 288: 'D'Argentré ait. Dimidium temporis de veteri decurtatum est, quod sic accipi convenit, cum nulla personalis actio competit, sed vindicatio sola.

Zie ook de mening van D'Argentré, weergegeven in noot 879.

⁸⁸⁸ Hoewel het werk anoniem is uitgegeven, wijst WorldCat als opsteller aan N. de Motays, advocaat in het Parlement van Bretagne. Ik zal het werk in de literatuurlijst ook onder deze naam vermelden.

⁸⁸⁹ de Motays 1725, p. 298: 'L'art. 284 a quelque conformité avec l'art. 160 en ce qu'il regarde principalement la vindication des biens meubles, don't le propriétaire a été defailli par recelement, voye de fait, vol ou autr unjulte moyen. Il donne cinq ans pour en demander le ressaillissement par espece, ou la valeur en deniers par action civile ou criminelle, selon la nature & la qualité du fait, conformément à l'art. 288.

⁸⁹⁰ De tekst van het voorschrift drukt de uitsluiting van het privaatrecht uit met de zinsnede *behoudens een op schrift gestelde verbintenis, brief of toezegging*. Zie over onvrijwillig verlies van de *saisine* en het strafrecht mijn noot 485.

⁸⁹¹ Hevin/d'Argentré/Poullain de Belair/du Moulin 1746 (II), p. 290 sub 5: '(...) Si la chose mobilière tombe en action par convention, stipulation ou promesse, ce n'est plus la prescription don't il s'agit ici, mais celle de toute autre action personnelle, qui ne se prescrit que par 30. ans; ce qui doit s'entendre des véritables actions personnelles fondées sur une obligation, promesse, ou convention écrite.' De nadruk op de opschriftstelling houdt vermoedelijk verband met het gegeven dat er bij niet op schrift gestelde contracten een andere termijn geldt. Ik kan daar echter geen voorschrift voor aanwijzen in de *Coûtume de Bretagne*, wel kan ik verwijzen naar een aantekening van Godefroy in de *Coûtume de Normandie*, zie noot 900.

Recent betoogde Zwolve dat men in Frankrijk van gestolen roerende zaken slechts de eigendom kon verkrijgen door middel van de lange Romeinsrechtelijke verkrijgende verjaring, de zogeheten *praescriptio longissimo temporis*.⁸⁹² Mijn onderzoek van het Bretonse gewoonterecht geeft een andere uitkomst. Ik zie de verklaring voor het verschil gelegen in het feit dat Zwolve zijn conclusie grondt op uitspraken van twee juristen uit het zuidelijke gedeelte van Frankrijk, waar men rechtsprak naar bepalingen van het Romeinse recht, de zogeheten *pays de droit écrit*. Hier was Abraham Lapeyrère († 1680) advocaat bij het Hof van het Parlement, *Cour de Parlement de Bordeaux*. Lapeyrère meent dat gestolen roerende goederen op grond van de regeling van de *praescriptio* uit de *Instituten van Justinianus* na dertig jaar kunnen worden verkregen:

Nu, gestolen zaken kunnen slechts verjaren door 30 jaar.⁸⁹³

Het is deze uitspraak waarnaar de andere door Zwolve aangehaalde jurist verwijst: de in de Dordogne geboren Jacques de Maleville († 1824), die net als Lapeyrère als advocaat heeft gewerkt bij het Hof van het Parlement. In zijn latere rol als secretaris van de commissie van redactie voor de *Code civil* toonde hij zich een overtuigd conservatieve jurist uit de *pays de droit écrit*.⁸⁹⁴ Het verrast dus niet dat deze schrijver, nadat hij eerst al de verjaringstermijn van art. 2279 Cc. Romeinsrechtelijk duidde, ook de rest van de tweede zin wenst in te

⁸⁹² Zwolve 2013, p. 96 (Themis 2013-3): ‘Dit betekende dat men van roerende zaken (óók van gestolen roerende zaken) in Frankrijk slechts door middel van de lange Romeinsrechtelijke verkrijgende verjaring van dertig jaar (*praescriptio longissimo temporis*) de eigendom kon verwerven.’

⁸⁹³ Lapeyrère 1717, p. 331 (sub a): ‘Or les choses volées ne se prescrivent que par 30.ans, §. *furtivæ quoque res, institut.de ufucap.& long.* (...)’ Lapeyrère vervolgt zijn uiteenzetting met de vermelding dat recente rechtspraak van het Parlement van Parijs een kortere verkrijgingstijd aanneemt van twintig jaar voor gestolen roerende zaken. Dat komt omdat men daar van oordeel is dat de vordering tot teruggave van de gestolen zaak en van civiele schadevergoeding accessoir zijn aan de vordering van het misdrijf van diefstal. Hij benadrukt echter dat in *zijn* Parlement er nooit een vonnis is gewezen met een verjaring van twintig jaar ten aanzien van een gestolen zaak. ‘il est vrai qu par les derniers Arrêts du Parlement de Paris, tout comme le crime de vol est prescrit par 20.ans, on juge que la restitution de la chose volée & la réparation civile qui avoit été adjugée, sont prescrites, comme étant des accessoires; mais en ce Parlement [cursivering, HHR] il n’y a jamais eu d’Arrêt qui ait jugé pour la prescription de 20. ans, à l’égard de la chose volée;’

⁸⁹⁴ *Dictionnaire historique des juristes français, XIIe-XXe siècle* (dir. Arabeyre, Halpérin et Krynen), 2007, p. 531 (sub Maleville): ‘Jacques de Maleville est trop conservateur pour accepter de rompre brutalement avec le passé. Cela explique que conformément à ses options juridiques, mais aussi religieuses, il choisit de prendre comme guide le droit romain.’

vullen met het Romeinsrechtelijke onderscheid tussen goede en kwade trouw, hoewel de tekst van het voorschrift hiertoe geen aanleiding geeft.⁸⁹⁵

We hebben al gezien dat volgens de wet uit de titel over het omvormen van de verkrijgende verjaring [C. 7,31,1,2 *HHR*],⁸⁹⁶ roerende zaken verjaren door een tijdsverloop van drie jaren. Veel schrijvers leren daarentegen dat deze wet niet gevolgd werd in Frankrijk, en dat de roerende zaken slechts verjaarden in dertig jaar. (Zie *Lapeyrère* et alle gezaghebbende schrijvers die hij aanhaalt, onder P., nr. 98 en Serres, pag. 156. Maar men moet onderscheiden tussen hem die de zaak heeft gestolen, en hem die de zaak heeft gevonden, of zelfs te goeder trouw van de dief heeft verkregen. Degene die heeft gestolen kan slechts in dertig jaar verjaren; hoewel zelfs verscheidene arresten uit Parijs, aangehaald in *Lapeyrère*, hebben geoordeeld dat omdat het misdrijf van diefstal verjaart na twintig jaar, de teruggave van de gestolen zaak plaats moet vinden in dezelfde tijdsspanne, omdat het slechts het accessoire van de misdrijf is; maar dat ziet op de strafrechtelijke vordering, waarvan hier geen sprake is. Met betrekking tot degene die een verloren zaak heeft gevonden of degene die het te goeder trouw heeft verkregen van de dief, moet de hierboven aangehaalde wet toegepast worden en hij moet verjaren in drie jaar. (...)⁸⁹⁷

⁸⁹⁵ Ik heb de tekst van het volledige voorschrift hierboven opgenomen in noot 839.

⁸⁹⁶ C. 7,31,1,2 luidt: Omdat evenwel de oude juristen ook met betrekking tot roerende of zich bewegende zaken die waren vervreemd of zich op welke wijze ook – maar dan wel te goeder trouw – waren gehouden, verkrijgende verjaring uitbreidden, niet in Italiaans verband alleen, maar over de gehele wereld, en zij deze afsloten in de tijd van één jaar, hebben Wij gemeend ook deze verjaring te moeten corrigeren, in die zin dat iemand, als hij een roerende of zich bewegende zaak van een ander, in welk gebied ook, hetzij in Italië hetzij in de provincie, te goeder trouw gedurende drie aaneengesloten jaren onder zich zal hebben gehouden, die zaak met een bestendig recht moet bezitten, als door verkrijgende verjaring voor hem verworven. *Cum autem antiqui et in rebus mobilibus vel se moventibus, quae fuerant alienatae vel quocumque modo, bona fide tamen, detentae, usucapionem extendebant, non in Italico solo nexu, sed in omnem orbem terrarum, et hanc annali tempore concludebant, et eam duximus esse corrigendam, ut, si quis alienam rem mobilem seu se moventem in quacumque terra sive Italica sive provinciali bona fide per continuum triennium detinuerit, is firmo iure eam possideat, quasi per usucapionem ei adquisitam.*

⁸⁹⁷ de Maleville 1807, p. 406 (IV, art. 2279): ‘Nous avons déjà vu que suivant la loi *uniq.*, *Cod. de usuc. transf.*, les meubles se prescrivaient par trois ans. La foule des auteurs enseignait au contraire que cette loi n’était pas suivie en France, et que les meubles ne se prescrivaient que par trente ans. *Voy. Lapeyrère* et toutes les autorités qu’il cite, lett. P. n°. 98, et *Serres*, pag 156. Mais il faut distinguer celui qui a volé la chose, d’avec celui qui l’a trouvée, ou même acquise à la bonne foi, du voleur. Celui qui a volé la chose ne peut la prescrire que par trente ans; encore même divers arrêts de Paris, cités au *Lapeyrère eod.*, avaient-ils jugé que le crime de vol se prescrivait par vingt ans, la restitution de la chose volée devait se prescrire par le même espace de tems, comme n’étant que l’accessoire du crime; mais cela regarde l’action criminelle, dont il n’est pas question ici. Quant à celui qui a trouvé une chose perdue ou qui l’a même acquise à la

Het komt mij voor dat Zwolve in zijn conclusie dat men in Frankrijk van roerende zaken slechts door middel van de lange Romeinsrechtelijke verkrijgende verjaring de eigendom kon verwerven teveel gewicht toekent aan de mening van de twee Romeinsrechtelijk georiënteerde juristen uit de *pays de droit écrit*.

Het gewoonterecht van Germaanse afkomst uit de *pays de droit coutumier*, zoals het aangehaalde voorschrift uit de *Coûtume de Bretagne* (art. 284) bewijst dat de *praescriptio longissimo temporis* in ieder geval niet in het hele land gerecipeerd is. Dit voorschrift hanteert nog het Germaansrechtelijke onderscheid tussen vrijwillig en onvrijwillig bezitsverlies van roerende zaken. Bij vrijwillig bezitsverlies dient men een persoonlijke actie in te stellen en beheerst niet het strafrecht de rechtsbetrekking, maar kennelijk het uit het contractenrecht afkomstige principe *Hand wahre Hand*, in het Latijn ook wel aangeduid als *Mobilia non habent sequelam* en in het Frans als *Meubles n'ont pas de suite*.⁸⁹⁸ Daarin staat het Bretonse gewoonterecht overigens niet op zichzelf: zo treft men ook in de gereformeerde *Coûtume de Normandie* het voorschrift aan dat roerende zaken verjaren door een tijdsverloop van dertig jaren.⁸⁹⁹ Maar ook dit voorschrift wordt zo uitgelegd dat het slechts ziet op verjaring acties die hun grondslag vinden in een op schrift gestelde overeenkomst⁹⁰⁰; in andere gevallen geldt de termijn van 'jaar en dag'.⁹⁰¹

Overigens benadrukt ook Zwolve dat de verjaringsregeling van onvrijwillig verloren zaken wordt beheerst door het strafrecht, waardoor er een verschil ontstaat met de verjaringsregeling voor vrijwillige afgestane zaken:

bonne foi, du voleur, la loi unique déjà citée, doit s'appliquer à lui, et il doit prescrire par trois ans. (...)

⁸⁹⁸ Zie hierboven, p. 113; Van Neste 1990 (V), p. 449 (zie ook zijn noot 33).

⁸⁹⁹ Art. CCCCXXII: Toutes actions personnelles & mobilières, sont prescrites par trente ans.

⁹⁰⁰ Blijkens een aantekening van Godefroy op art. CCCCXXII ligt het belang van de opschriftstelling in het verkrijgen van de lange verjaringstermijn van dertig jaar: 'Ce qui montre bien que notre Coutume, par les actions personnelles & mobilières dont elle traite en cet article, n'entend parler que de celles qui procedent *ex conventionne scripta*.' Godefroy, 1626 (II), p. 306.

⁹⁰¹ Basnage 1681 (II), p. 454: 'La Coutume en cet Article limite à trente années la prescription pour les actions personnelles & mobilières: Par l'ancien Droit Romain après trois ans il n'y avoit plus d'action pour les choses mobilières., l. *I. c. de ufucap. transfer*. Notre Coutume a étendu trop loin cette espece de prescription de biens: Il y en a de si petite importance que la poursuite n'en devroit pas même excéder une année. C'est néanmoins notre usage encore que Godefroy soutienne que cet Article ne doit s'entendre que des actions qui naissent *ex conventionne*: (...)' Zie over de termijn van jaar en dag ook: Godefroy 1626 (II), p. 306.

De uitzonderlijke aard van de rechtsvordering van art. 2279 (nu 2276) lid 2 Cc treedt bovendien ook duidelijk naar voren door de daarin gekozen termijn van drie jaar. Daardoor werd namelijk *niet*, zoals te vaak wordt gezegd en geschreven, aansluiting gezocht bij de termijn van drie jaar die ooit gold voor de Romeinsrechtelijke verkrijgende verjaring van roerende zaken (*usucapio*), maar bij het *verval* van het recht tot *strafvordering* dat naar het toenmalige Franse strafrecht (en het huidige Nederlandse (zie art. 70 Sr)) voor overtredingen was gesteld op drie jaar.⁹⁰²

Het voorschrift van de *Coûtume de Bretagne* (art. 284) is, naar mijn mening, duidelijk niet van Romeinsrechtelijke komaf: het laat namelijk ook gestolen goederen na een periode van vijf jaar verjaren, iets dat in het Romeinse recht uitgesloten was.⁹⁰³ Evenmin beschouw ik het voorschrift als een canoniekrechtelijke variant van de *réintégrande* of *actio spoli*, omdat het de opvorderingsmogelijkheid toekent tegen een ieder die de onvrijwillig verloren zaak onder zich heeft, in plaats van die mogelijkheid te beperken tot personen die de onrechtmatigheid pleegden, bevolen of er kennis van droegen.⁹⁰⁴ Op grond van deze kenmerken en de bewoordingen van het voorschrift kom ik tot de slotsom dat het geduid moet worden als verzwijgingsregel voor onvrijwillig verloren roerende zaken uit het *saisine*-recht (punt 2). Echter, in de loop van de tijd verloor het gewoonterecht aan kracht en won het Romeinse recht aan invloed. Het voorschrift verloor zijn oorspronkelijke karakter toen men het Romeinsrechtelijk begon uit te leggen: *saisine* werd eigendom en ‘verzwijging’ werd *usucapio* (punt 5). De nieuwe uitleg leidde tot de gedachte dat de oorspronkelijke ‘eige-

⁹⁰² Zwolve 2013, p. 97. Hij verwijst naar de rede van tribuun Goupil-Préfeln over dit voorschrift: zie voor de tekst van het bewuste fragment mijn noot 1156.

⁹⁰³ Zie Gaius II, 45: Toch loopt voor iemand soms de verkrijgende verjaring niet, ook al bezit hij andermans zaak wel degelijk te goeder trouw. Dit is het geval, als men een zaak bezit die onvreemd of met geweld in bezit genomen is. Want verkrijgende verjaring van een onvreemde zaak wordt door de Wet der Twaalf Tafelen, van een met geweld in bezit genomen zaak door de Lex Iulia et Plautia verhinderd. *Sed aliquando etiamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat, non tamen illi usucapio procedit, uelut si quis rem furtivam aut ui possessam possideat; nam furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet, ui possessam lex Iulia et Plautia*. Nu is het pas in 1816 door Niebuhr ontdekte leerboek van Gaius nog onbekend ten tijde van de uitvaardiging van de *coûtume*, maar de regel van onverjaarbaarheid van gestolen goederen was eveneens opgenomen in de leest van dit leerboek geschoeide Instituten van Justinianus en in de Digesten: Inst. 2,6,2 en D. 41,3,4,6. Dat de Franse rechtsbeoefenaars zich van de afwijking met het Romeinse recht bewust waren, blijkt uit de volgende aantekening op de *Coûtume de Bretagne*: ‘4. *Chose mobilière*. Le Droit Civil limitoit la prescription à 3 ans. Ainfi l’Auteur est surpris de ce que les Reformateurs l’ont étendue jusqu’à 10 ans. * La Nouvelle Coûtume l’a limitée à 5 ans.] Le Droit Civil exceptoit les choses furtives, suivant la Loi des 12. Tables & la Loi Atinia: mais cette difference est ôtée par notre disposition générale.’ Hevin/d’Argentré/Poullain de Belair/du Moulin 1746 (II), p. 290 sub 4. Vgl. de aantekening op de *Coûtume de Normandie*, aangehaald in mijn noot 901.

⁹⁰⁴ Zie hierboven mijn noot 306.

naar' het goed van een ieder kon opvorderen zolang de verjaringstermijn van vijf jaar niet verstreken was (punt 6).⁹⁰⁵ Dit blijkt uit een zaak over een paard dat was uitgeleend en door de lener werd verkocht en doorgeleverd:

Jacques Salmon had aan Pierre Thomas een paard verkocht dat hij had gehuurd van iemand genaamd Vallée, voornoemde Thomas die het bewuste paard had gekocht en daarvoor had betaald, werd desalniettemin verplicht om het af te geven aan voornoemde Vallée, behoudens zijn recht van verhaal op Salmon, omdat die niet de eigenaar van het bewuste paard was, kon hij het niet verkopen, en Vallée had vijf jaar om het terug te vorderen, volgens art. 284.⁹⁰⁶

Het spreekt voor zich dat deze nieuwe uitleg wringt, zowel richting het *saisine*-recht als richting het Romeinse recht. Ten aanzien van het *saisine*-recht laat het buiten beschouwing dat het voorschrift niet beoogde een remedie te verschaffen voor *vrijwillig* totstandgekomen bezitsverlies: *saisine*-rechtelijk zou de verhuurende 'eigenaar' Vallée zich alleen kunnen verhalen op zijn contractspartner Salmon.⁹⁰⁷ Ten aanzien van het Romeinse recht laat het de voor verjaring cruciale vraag naar de goede trouw geheel en al buiten beschouwing.⁹⁰⁸ Maar ik wil hier benadrukken dat men het voorschrift aldus is gaan uitleggen dat zolang de termijn van vijf jaar nog niet verstreken is, aan de oorspronkelijke 'eigenaar' Vallée het recht toekomt om het paard op grond van zijn 'eigendomsrecht' op te eisen. Afgezien van de verschillende termijnen betreft het dus een soortgelijke regeling als die we kennen uit Bourjons beschrijving van de rechtspraak van het *Châtelet*: bescherming van de huidige bezitter van de roerende zaak, tenzij de vroegere bezitter binnen de termijn aantoonde dat hij het bezit onvrijwillig verloren heeft.

⁹⁰⁵ Van Neste 1990 (V), p. 451: 'In de dertiende en veertiende eeuw wordt de invloed merkbaar van de kennis van het Romeinse recht. Het revindiceren van een roerend goed wordt opnieuw toegelaten in alle gevallen. De eigenaar eiste zijn goed op, niet meer als medecontractant, maar op grond van zijn eigendomsrecht. Hij mocht de vordering ook instellen tegen om het even wie. De revindicatie werd, zoals bij de Romeinen, een zakelijke vordering.'

⁹⁰⁶ De Motays 1725, p. 298: 'Jacques Salmon ayant vendu à Pierre Thomas un cheval qu'il avoit emprunté à louage d'un nommé Vallée, ledit Thomas qui avoit acheté & payé ledit cheval, fut néanmoins obligé de le rendre audit Vallée, fauf l'on recours vers Salmon, parce que n'étant pas propriétaire dudit cheval, il ne pouvoit pas vendre, & Vallée avoit cinq ans pour le réclamer, fuivant l'art. 284.'

⁹⁰⁷ Vgl. Ssp. II, 60 § 1, aangehaald in noot 407.

⁹⁰⁸ Zou Pierre te goeder trouw zijn, dan zou hij het paard ondanks de ongeldige titel toch door *praescriptio longissimo temporis* in eigendom kunnen verkrijgen, maar daarvoor was de verjaringstermijn 30 jaar en dat is volgens Wikipedia de huidige verwachte levensduur van een paard...

Met deze conclusie rond ik mijn bewijsvoering af. Ik meen dat de analyse van de ontwikkeling in het Bretonse gewoonterecht een drietal punten helpt te verduidelijken op het gebied van bescherming van bezit.

In de eerste plaats toont ze dat de door Bourjon gerapporteerde rechtspraak van het *Châtelet* niet zo uit de lucht komt vallen als men wel aanneemt. Immers, feitelijk hanteerde men in Bretagne een zelfde soort systeem: in principe wordt bezit beschermd tegen een ieder, tenzij er sprake is van onvrijwillig bezitsverlies en de verliezer binnen de verzwijgingstermijn de nieuwe bezitter aanspreekt. Dit systeem wordt in het Bretonse recht niet uitgedrukt met de woorden *possession vaut titre*, maar dat acht ik van minder belang: ik twijfel er niet aan dat elke in het recht geveerde Bretonse tijdgenoot Bourjons *stock phrase* zonder meer begrepen zou hebben. Die zal zeker hebben ingestemd met het opnemen van de regel in de *Code civil*.

Ten tweede maakt de ontwikkeling van het Bretonse recht aanschouwelijk hoe men in Frankrijk tot de opvatting heeft kunnen komen die verdedigd werd ten tijde van de totstandkoming van de *Code civil*, namelijk dat het Franse recht voor roerende zaken geen bezitsacties kende, alleen maar eigendomsacties.⁹⁰⁹ Natuurlijk kende het Franse recht, in navolging van het Germaanse recht wel acties die op bezit waren gebaseerd, alleen was dit niet het Romeinsrechtelijke *possessio*-begrip, maar de *saisine* uit het Germaanse recht. Maar de receptie leidde, op de wijze die ik beschreef, hetzij tot degradatie van *saisine* tot bezit, *possessio*, dan wel tot bevordering van *saisine* tot eigendom, *proprietas*. Dit proces ruïneerde de eigenaardigheid van de *saisine*: het werd nu hoofdzakelijk beschreven als term uit, en met regels van, het Romeinse recht.

Tenslotte biedt de ontwikkeling van het Bretonse recht vergelijkingsmateriaal voor andere op het Germaanse recht gebaseerde rechtssystemen, zoals het Engelse. Het Engelse recht schijnt ten aanzien van roerende goederen nog het *saisine*-recht te kennen. Het ontbreekt mij aan de tijd om dit rechtssysteem aan een nader onderzoek te onderwerpen. Maar het Engelse recht, dat de romanisering beter heeft weerstaan dan het Franse, lijkt bij roerende zaken een bezitsbegrip vast te houden dat het recht op de feitelijke beheersing van de zaak als grondslag neemt. Ik maak dit op uit het volgende citaat van Zwolve. Die zet daarin de positie uiteen van de Engelse bezitter van roerende zaken met behulp van Romeinsrechtelijke begrippen.

Het moge duidelijk zijn dat het Engelse recht is blijven vasthouden aan het hierboven besproken oude Germaansrechtelijke bezitsbegrip: door de feitelijke heerschappij over zijn roerende zaken vrijwillig af te staan aan en ander zonder daarbij de bedoeling te hebben de eigendom over te dragen, verliest de overdrager (de

⁹⁰⁹ Zie bijvoorbeeld mijn noten 791 en 849.

‘bailor’) niet alleen de puur feitelijke heerschappij, maar óók het bezit en wel zonder dat er daarbij, zoals naar de continentale ‘civil law’ het geval is, een juridisch bezit bij hem achterblijft. Alles wat de ‘bailor’ nadien nog heeft is een *recht op bezit*, niet het bezit zelf. Hij is niet eens een ‘middellijk bezitter’: hij is in het geheel geen bezitter. Na een ‘bailment’ bevindt het bezit zich bij de ‘bailee’ en heeft de ‘bailor’ dit verloren. (...) Sterker nog: er zijn aanwijzingen dat de ‘common law’ zich geruime tijd op het standpunt heeft gesteld dat een eigenaar die een goed heeft afgestaan aan een ‘bailee’, bijvoorbeeld een pandhouder, niet alleen zijn bezit, maar zelfs de *eigendom* verliest. Het enige dat hem daarna zou resten, was een *persoonlijk recht* tegen de ‘bailee’. (...) Wanneer men dit alles in overweging neemt, spreekt het haast vanzelf dat de ‘bailee’ een recht op de zaak in zijn bezit heeft dat hij tegen ieder (behalve de ‘bailor’ kan invoeren die hem in zijn bezit stoort. Voor zover het derden betreft, is hij de *eigenaar*: ‘*as against a wrongdoer, possession is title*’. Ziedaar de betekenis die naar ‘common law’ wordt gehecht aan de ook op het continent overbekende stelregel ‘bezit geldt als volkomen titel’ (‘possession vaut titre’).⁹¹⁰

2.2.5 Het WNH: waarom de toevoeging ‘volkomen’?

Het WNH volgde de *Code civil* in plaats van het Ontwerp van Van der Linden met de opname van de rechtsregel dat bezit geldt als titel.⁹¹¹ Het is echter geen zuivere overname, de bewoordingen van het voorschrift in het WNH luiden namelijk, voor zover van belang: Met betrekking tot roerende goederen, geldt het bezit voor een ‘volkomen’ titel [cursivering, *HHR*] (...).⁹¹² Het woord ‘volkomen’, dat ontbreekt in de *Code civil*, is toegevoegd in het WNH.⁹¹³ Waarom is de wetgever afgeweken van het voorschrift uit de *Code civil*? En

⁹¹⁰ Uniken Venema/Zwalve 2008, p. 200-202.

⁹¹¹ Van der Lindens ontwerp vermeldde duidelijk het verschil tussen bezit en eigendom, zie bijv. in boek twee in de derde titel (*Van Bezit-Regt*) art. 3 jo. 5, p. 17: Het gevolg van bezit bestaat hier in: c. dat het ongetoord bezit, gedurende den tijd, door de Wet bepaald, den eigendom door verjaring doet verkrijgen. Vgl. art. 11 van de tweede titel (*Van het Regt van eigendom*), eerste afdeling (*Van den aard en gevolgen van Eigendom*) van het tweede boek: Het regt van eigendom geeft aan den Eigenaar eene reële Actie tot reclame van zijn Goed, het zij roerend of onroerend, ligchamelijk of onligchamelijk, tegen ieder een, die daarvan in het bezit is.

⁹¹² Art. 1906 WNH. Zie de volledige wetstekst in mijn noot 838.

⁹¹³ Ik acht daarom onjuist Salomons conclusie dat ‘er in 1838 geen drastische breuk optrad met het tot dan toe geldende Franse recht: in Nederland geldt derhalve al sedert 1809, het jaar waarin het WNVH in werking trad, het bezit van roerende zaken als volkomen titel.’ Salomons 1997, p. 67. In de periode na de annexatie van het voormalige koninkrijk gold de Franse *Code civil* en daarmee de regel *En fait des meubles, la possession vaut titre*. Zoals ik in de hoofdttekst nog uiteen zal zetten luidde de Nederlandse vertaling van dit voorschrift: *In het stuk van roerende goederen geldt het bezit in plaats van eenen titel*.

wat is de betekenis van de afwijking: kent het WNH nu een inhoudelijk andere regel dan de *Code civil*?

Voorshands zullen we ervan uit moeten gaan dat de toevoeging voortvloeit uit een bewuste keuze van de wetgever en dat ze een duidelijk doel dient. Helaas kan ik ten aanzien van die keuze slechts veronderstellingen opperen: ik heb geen bronnen kunnen vinden die licht werpen op het doel van de toevoeging. Ik acht dat bijzonder: de van de Code afwijkende hoofdregel, die een wedergeboorte beleefde in art. 2014 OBW en als zodanig langer dan anderhalve eeuw heeft gegolden, heeft, voor zover mij bekend, nagenoeg geen aandacht getrokken.⁹¹⁴

Het lijkt voor de hand te liggen om de verklaring voor de toevoeging te zoeken in het Ontwerp van Van der Linden. Maar het OVL was gebaseerd op het Romeinsrechtelijke verschil tussen bezit en eigendom en verschilde daardoor wezenlijk van de rechtsregel van het Parijse *Châtelet*. Bovendien zou Van der Linden de Franse regel op een geheel andere wijze uitleggen, zoals blijkt uit zijn in 1810 verschenen vertaling van het Wetboek Napoleon.⁹¹⁵ Dat bevat de volgende vertaling van art. 2279 Cc:

In het stuk van roerende goederen geldt het bezit, *in plaats van* eenen titel [cursivering, *HHR*]. Niettemin kan hij, die iets verloren heeft, of wien iets ontfolen is, dat verlorene of ontfolene gedurende drie jaren, te rekenen van den dag, dat het verlies of de diefstal heeft plaats gehad, reclameren van den genen, in wiens handen hij het vindt; behoudens aan den laatstgemelden zijn verhaal op den genen, van wie hij het bezit bekomen heeft.⁹¹⁶

⁹¹⁴ Een uitzondering vormt Salomons 1990, p. 14, die de toevoeging wel opmerkt, maar bagatelliseert: 'De Nederlandse wetgever heeft art. 2279 CC, behoudens een kleine toevoeging in lid 1, zonder parlementaire discussie overgenomen.' Zie ook: Salomons 1997, p. 71, die wijst op de magere toelichting van de regel in het OBW: 'Gelijk dat bij de Franse codificatoren ten aanzien van artikel 2279 het geval was, achtte de Nederlandse wetgever van 1838 het niet nodig artikel 2014 BW uitvoerig toe te lichten.'; Carel Asser, een der leden van de *Commissie van Redactie der Nationale wetgeving*, alsmede haar secretaris, bespreekt in zijn *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek, vergeleken met het Wetboek Napoleon* artikel 2014 [zie § 913, p. 621, *HHR*] artikel 2014 in het geheel niet; Voorduin somt enkel een aantal redactionele wijzigingen op ten opzichte van het Ontwerp-1830, die hierboven reeds werden genoemd; Lipman 1839, p. 601 *sub* 2014 vermeldt het verschil tussen het OBW en de Cc niet; ook Hooykaas 1949, p. 23 schrijft slechts dat 'C.c. 2279 is in hoofdzaak gelijkloidend aan B. 2014.' Ook bij zijn bespreking van 'titel' op p. 49 ontgaat hem kennelijk het verschil, evenals bij zijn vergelijking op p. 150.

⁹¹⁵ Van der Linden & d'Engelbronner 1810. Zie hierover bijv. Brandsma 2011, p. 182 e.v. die opmerkt dat de vertaling geen officiële tekst was; Bellefroid 1962, p. 97 e.v. (m.n. p. 102 e.v.)

⁹¹⁶ Van der Linden & d'Engelbronner 1810, p. 479-480.

Van der Lindens vertaling wijkt af van het voorschrift uit de Franse *Code civil*: in zijn vertaling geldt bezit niet als, maar *in plaats van* een titel. Uit zijn vertaling blijkt verder dat we de toevoeging in het WNH niet met zijn werk in verband moeten brengen: we treffen in de vertaling namelijk geen aanknopingspunt aan voor een gerichtheid op de *volledigheid* van die titel.

Het gebrek aan bronnen over de totstandkoming van het wetsvoorschrift dwingt mij mijn onderzoek te richten op de tekst van het voorschrift en op de betekenis die het woord ‘volkomen’ hieraan kan toevoegen. Ik kan me vier interpretaties voorstellen, maar ik vermeld vantevoren alvast dat ik alleen de laatste aannemelijk acht.

In de eerste plaats is het mogelijk de toevoeging ‘volkomen’ in verband te brengen met het bewijsrecht. Het houdt dan in een volledige bewijsontheffing van het titelvereiste. Maar dit ligt niet voor de hand. Ten eerste zouden we daarvoor moeten aannemen dat de wetgever het voorschrift dan doelbewust heeft gedenatureerd van wat Bigot-Préameneu omschreef als een bezitsbescherming ‘Franse stijl’ naar een bewijsrechtelijk voorschrift. Een dergelijk voorschrift bepaling heeft trouwens ook geen enkele meerwaarde naast het voorschrift van art. 461 WNH dat bepaalt dat de bezitter voor eigenaar gehouden wordt.⁹¹⁷ Verder spreekt tegen deze interpretatie de, in vergelijking met de Code, gehandhaafde plaatsing van het artikel in de afdeling ‘*Van eenige bijzondere prescriptien*’. Bij een doelbewuste aanpassing van het voorschrift zou een andere plaatsing voor de hand gelegen hebben.

Een tweede optie is het verbinden van het woord ‘volkomen’ met de *saisine*. Het is mogelijk, zoals ik hierboven voorstelde, om ‘titel’ uit te leggen als *saisine*. De combinatie ‘volkomen titel’ zou vervolgens uitgelegd kunnen worden als *rechte gewere*. Maar ook deze interpretatie acht ik niet overtuigend. Hiertegen pleit vooral de, met name in Holland gebleken, sterke receptie van het Romeinse bezitsrecht. En het was juist Lodewijk Napoléons oogmerk om de Franse Code aan te passen aan de lokale omstandigheden, niet om zijn broer te overtreffen in een regeling die zijn oorsprong vond in gewoonterecht van Frankrijk.⁹¹⁸ Ook inhoudelijk levert deze uitleg problemen op: het kenmerk van de *vraie saisine* was juist zijn onbreekbaarheid: er viel juridisch weinig tegen in te brengen.⁹¹⁹ Dit is niet het geval in de regeling die bezit bestempelt als volkomen titel: het tweede lid kent immers de uitzondering van onvrijwillig verloren bezit. Tenslotte is ook in deze uitleg de plaatsing van het artikel in een afdeling over bijzondere vormen van verjaring onbegrijpelijk: bij een *rechte gewere* is

⁹¹⁷ Zie voor de volledige tekst van dit voorschrift hierboven mijn noot 836.

⁹¹⁸ Vgl. Lokin & Zwalve 2006, p. 297.

⁹¹⁹ Zie hierboven, p. 107.

immers de verkrijgende verjaring van de bezitter niet nodig en de bevrijdende verjaring al voltooid.

Een derde mogelijkheid is het lezen van ‘volkomen titel’ als ‘volkomen eigendom’. Men zou zich hiervoor kunnen beroepen op het voorschrift dat luidt: ‘De wijze, waarop bezit door verjaring in volkomen’ eigendom overgaat, wordt behandeld bij den titel van prescriptie.’ (art. 446 WNH). Tot de genoemde verjaringstitel behoort de vierde afdeling van het vijfde hoofdstuk, dat het voorschrift over roerende zaken bevat. Uit het feit dat dit voorschrift daarin wordt aangeduid als een ‘bijzondere prescriptie’, zou men vervolgens kunnen afleiden dat, in afwijking van de regeling voor verkrijgende verjaring van onroerende zaken, de verkrijging van roerende zaken onmiddellijk geschiedt, m.a.w. een verjaringstermijn kent van 0. Een dergelijke letterlijke lezing stelt niet de eis van goede trouw en evenmin die van een voor verjaring geschikte zaak.⁹²⁰ Diephuis verdedigde deze lezing voor het OBW, dat een analoge bepaling bevatte als het WNH.

Het bezit geldt als titel, als volkomen titel. De natuurlijke betekenis dier bepaling is deze, dat het bezit zich zelf wettigt, dat hij, die het heeft, daarom reeds als de recht-hebbende beschouwd moet worden. De bezitter heeft niet nodig zijn recht van bezit te staven. In het algemeen, en behalve in het geval van art. 2014b [het tweede lid, *HHR*], komt de vraag niet te pas, hoe hij het bezit heeft gekregen en van wie, of hoe lang hij het gehad heeft; hij heeft het, en dat is voor hem genoeg. Geen ander kan als eigenaar, en op grond van zijn eigendomsrecht, de zaak van den bezitter opvorderen; het beweerde recht, dat zo iemand zou willen doen gelden, stuit af op het bezit van deze. De bezitter wordt om zijn bezit zelf als de eigenaar beschouwd, zodat geen ander tegenover hem een hoger recht kan hebben. Of liever, de onderscheiding van eigendom en bezit, die ten aanzien van andere zaken gemaakt en ook door de wet erkend wordt, zodat men eigenaar kan wezen zonder bezitter, en bezitter zonder eigenaar te zijn, en eigenaar kan worden doordien men een tijd lang bezitter is geweest, die onderscheiding valt voor de roerende goederen, waarvan art. 2014a [het eerste lid, *HHR*] spreekt, weg, *zodat eigendom en bezit ten aanzien van die zaken één zijn* [cursivering, *HHR*]. Tegenover den bezitter kan geen eigenaar staan, bezit is eigendom, de bezitter eigenaar, de zaak is de zijne, en het is onverschillig of men hem bezitter of eigenaar gelieft te noemen.⁹²¹

Tegen deze lezing noem ik de volgende bezwaren. De uitleg gaat uit van een *verkrijgende* verjaring, terwijl de titel waarin het voorschrift geplaatst is de be-

⁹²⁰ Zie hierboven, p. 227. Als *lex specialis* zou het artikel derogeren aan de algemene voorschriften van het eerste hoofdstuk, waaronder art. 1857 WNH, dat bepaalt: De eigendom van zaken, welke van de handel der menſchen zijn uitgefloren, kan door prefcriptie niet verkregen worden.

⁹²¹ Diephuis 1886 (VI), p. 378-379.

vrijdende verjaring van rechtsvorderingen als onderwerp lijkt te hebben: ze zou dus een vreemde eend in de bijt zijn. Overigens kan men zich de vraag stellen of het voorschrift überhaupt wel met verjaring in verband gebracht mag worden. Die constructie lijkt enigszins gewrongen: als het voorschrift er inderdaad toe strekt de bezitter van een roerende zaak onmiddellijk eigenaar te maken, dan maakt het een regeling van verkrijgende verjaring van het recht van eigendom van roerende zaken overbodig: er valt dan simpelweg niets te verjaren. Het tweede lid stelt buiten twijfel dat het voorschrift evenmin ziet op *bevrijdende* verjaring: de voormalige bezitter die het goed onvrijwillig verloren heeft verliest zijn eigendomsrecht pas na het tijdsverloop van drie jaar, op grond van de wet.⁹²² Maar als het voorschrift niet ziet op verkrijgende verjaring en evenmin

⁹²² Zie de volledige tekst van art. 1906 WNH hierboven mijn noot 838. Over het verlies van eigendom krachtens een wetsvoorschrift acht ik vermeldenswaardig een discussie die in 1939 plaatsvond over art. 2014 OBW in de 61^e Vergadering van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot Wegneming van Onjuistheden en Aanvulling van Leemten in de Nederlandsche Burgerlijke Wetgeving. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 180 (p. 649-651). Ik geef de notulen van deze discussie, die door Meijers werd voorgezeten, in hun geheel weer: ‘Ten aanzien van het laatste lid van art II [het betreffende ontwerpartikel over pandrecht 1198a, *HHR*] merkt Mevrouw SCHÖNFELD op, dat de woorden “ en wordt bij terugbetaling van het pand het pandrecht geacht nooit verloren te zijn geweest” geschrapt kunnen worden. Het pandrecht blijft op de zaak kleven ook al is zij verloren of gestolen. De in het gewijzigd ontwerp gestelde fictie is overbodig. Art. 1198 1.3 is hier immers niet toepasselijk, en alleen daarom bepaalt art. 1198 1.4 voor het gewone pand, dat het pandrecht geacht wordt nooit verloren te zijn. De heer MEYERS wijst er op, dat zich hier dezelfde vraag voordoet als art. 2014 B.W. voor den eigenaar. Welke is de positie van degene wiens zaak verloren of ontvreemd is, voor hij haar teruggevorderd heeft. Is hij eigenaar of heeft hij alleen de actie der revindicatie? Het laatste moet worden aangenomen. De heer SCHOLTEN is het hiermede niet eens. Volgens hem kan de door Mevrouw SCHÖNFELD voorgestelde schrapping worden aanvaard. De Vergadering verenigt zich met de meening van Mevrouw SCHÖNFELD. De heer MEYERS is nog niet geheel bevredigd. Indien art. 1.2 alleen een actie geeft, is het uitgangspunt van Mevrouw SCHÖNFELD onjuist. En het eerste moet men wel aannemen, anders is niet te verklaren waarom art. 2014 1.2 de actie slechts voor 3 jaar geeft. De vraag zal zich bijv. voordoen dat, vóór de terugverkrijging door den verliezer of den bestolene, een nieuw pandrecht gevestigd is; welk pandrecht prevaleert dan? Mevrouw SCHÖNFELD merkt op, dat de vraag van den heer MEYERS inderdaad een vraag is van eigendomsrecht, niet echter van pandrecht, omdat het niet mogelijk is dat twee mensen tegelijkertijd eigenaar zijn maar wel dat de een pandgerechtigde is, terwijl eventueel de vraag wie eigenaar is twijfelachtig is. De heer MEYERS vraagt, waarom in de opvatting dat de verliezer eigenaar blijft, hij dat recht na drie jaar verliest. De heer SCHOLTEN antwoordt: omdat het uit de wet (art. 2014) volgt. Overigens kan ook de laatste zin van art. II vervallen. Het daar gestelde spreekt vanzelf.

op bevrijdende, waarom is het dan in deze afdeling geplaatst? Wetstechnisch bestaat er verder een probleem met de gelijkstelling van ‘volkomen titel’ en ‘volkomen eigendom’: het laatste begrip heeft een specifieke betekenis.⁹²³ Terwijl het woord ‘volkomen’ in het wetsvoorschrift over het bezit van roerende goederen betrekking heeft op de rangorde van de titel, ziet het woord ‘volkomen’ in verband met de eigendom op de *onbezwaardheid* daarvan:

Art. 441 WNH. Het regt van eigendom is *volkomen* of *onvolkomen*.

Art. 442 WNH. Het *volkomen* regt van eigendom bevat in zich alles, wat door eene zaak wordt voortgebracht, als mede al het geen zich daarmede door de natuur of door de kunst vereenigt.

Art. 443 WNH. Het regt van eigendom is *onvolkomen*, wanneer het, na verloop van zekeren tijd, of door het vervallen van zekere conditie, staat ontbonden te worden, wanneer het goed met eenig reëel regt ten behoeve van anderen bezwaard is, of wanneer het bestaat in eenen blooten eigendom, afgescheiden van het vruchtgebruik, het welk aan een ander toekomt.

Zijn nu roerende goederen krachtens wetsbepaling steeds onbezwaarde eigendommen? Dit komt me niet aannemelijk voor. Tenslotte meen ik dat de uitleg op dezelfde bezwaren stuit als de interpretatie die de toevoeging duidt als betrekking hebbende op de *rechte gewere*: het bezit is geen absoluut recht, want het moet op grond van het tweede lid wijken voor het recht van de onvrijwillig uit zijn bezit gestotene.

De vierde – en mijns inziens meest aannemelijke – verklaring voor de toevoeging ‘volkomen’ in het wetsvoorschrift zou de invloed van Bourjon kunnen zijn geweest op de wetgevingscommissie die het WNH heeft samengesteld. Van Bourjon stamt namelijk de uitspraak: ‘(...) la simple possession produit tout l’effet d’un titre *parfait*, d.w.z. het simpele bezit resulteert in een *volkomen* titel [cursiveringen, *HHR*].’⁹²⁴ Het verdient opmerking dat Bourjon deze toevoeging slechts eenmalig en opzettelijk gebruikte en wel om aan te geven dat een bezit

De heer MEYERS is het hiermede eens. Krachtens art. 1188 kan ook de verhuurder revindicatoir beslag leggen. Ook daar is een nadere uitwerking van dat recht niet gegeven.

De VOORZITTER is bereid de laatste zinsnede van art. II voorloopig te schrappen.

Om vier uur dertig wordt de vergadering gesloten.’

⁹²³ De noties van volkomen en onvolkomen eigendom zijn ontleend aan het Ontwerp van Van der Linden. Dat bevatte de volgende regeling voor de onvolkomen eigendom. Art. 9., p. 10 (boek II,2,1): Het regt van eigendom is onvolkomen, wanneer het na verloop van zekeren tijd, of door het vervullen van zekere conditie staat ontbonden te worden; wanneer het Goed met eenig reëel regt ten behoeven van anderen bezwaard is; of wanneer het bestaat in eenen blooten Eigendom, afgescheiden van het vruchtgebruik, het welk aan een ander toekomt.

⁹²⁴ Bourjon 1770 (I), p. 1094.

op zich rechtsgeldig is, zodat er niets door verjaring ‘geheeld’ hoeft te worden. Tegenover deze ene uitspraak staat dan ook een veelvoud van uitspraken waarin Bourjon slechts spreekt van ‘titel’.⁹²⁵ Ik acht het echter niet uitgesloten dat een betweterige wetgevingsjurist heeft gemeend zijn Franse collega’s te moeten verbeteren door de zinsnede ‘volkomen’ aan hun voorschrift toe te voegen. Hierin zou dan de oorsprong liggen van het verschil tussen het voorschrift uit het Franse wetboek en dat uit het WNH.

Mijn onderzoek leidt mij tot de conclusie dat er geen bevredigende reden bestaat voor de toevoeging van het woord ‘volkomen’ aan het voorschrift over roerende goederen in het WNH. Daarom houd ik de toevoeging maar voor overbodig. De rechtsregel van het WNH verschilt mijns inziens dus inhoudelijk niet van die van de *Code civil*.⁹²⁶ Het woord ‘titel’ moet volgens mij geduid worden als *saisine*. Ik heb uiteengezet dat deze verklaring beter aansluit bij de geschiedenis en het stelsel van de wet. Het voorschrift beoogt géén wijze van verkrijging van eigendom te geven, het geeft slechts een regeling voor de bescherming van bezit van roerende zaken. In de volgende paragraaf zal ik uiteenzetten dat de verwarring die het voorschrift heeft gesticht bij de rechtsgeleerde schrijvers te wijten is aan het gegeven dat de *Code civil* niet één universeel bezitsbegrip hanteerde, maar dat het wetboek de inhoud van zijn bezitsregeling ontleende aan het Romeinse recht en de inhoud van zijn bezitsbeschermingsregeling aan het *saisine*-recht. De wetgever verloor daarbij echter uit het oog dat de inhoud van het bezitsbegrip niet alleen is af te leiden uit de bezitsomschrijving, maar even goed uit het door de bezitsvorderingen beschermde object.⁹²⁷ Via de *Code civil* heeft de verwarring zich verspreid naar het WNH en later naar het OBW.

⁹²⁵ Vgl. Bourjon 1770 (I), p. 145 (sub I) p. 146 (sub XII); p. 458 (sub II); p. 459 (impliciet, sub III); p. 470 (sub II); 1094 (sub II); Bourjon 1770 (II), p. 109 (sub X); p. 692 (sub I); p. 693 (sub VII); p. 693 (sub XIX). Zie ook mijn noot 862.

⁹²⁶ In dezelfde zin: Middelberg 1953, p. 116: ‘Dat de ontwerpers van het WLN hier dus iets anders hebben gedaan, dan kortweg de Cc overnemen is niet waarschijnlijk.’

⁹²⁷ Zo heeft bijvoorbeeld Scholten in zijn bewerking van Asser’s *Zakenrecht* het lang het aannemelijkst geacht dat de actie tot herstel bij gepleegd geweld (art. 619 OBW) op grond van haar kenmerken niet slechts toekomt aan de burgerlijke bezitter (zoals omschreven in de bezitsdefinitie van art. 585 OBW), maar dat zij toekomt ‘aan ieder die in enige feitelijke betrekking tot de zaak staat, aan iedere houder dus (...)’. Asser/Scholten 1905, p. 59. Men treft deze opvatting aan in alle door hem bewerkte drukken (4^e – 8^e druk), zij het dat Scholten in de 8e druk erkende: ‘Deze opvatting heeft echter geen aanhang gevonden. Er is weinig kans, dat zij dit nog vinden zal, nu de rechtspraak hier op andere wijze de door geweld getroffenene helpt.’ Asser/Scholten 1945, p. 83. Zie ook hieronder, p. 293. Anders, en naar mijn mening dus ten onrechte: Pluymaekers 2012, p. 29 e.v., die in zijn dissertatie bezitsbescherming opzettelijk buiten beschouwing laat als zijnde weinig relevant voor zijn onderzoek naar het leerstuk ‘bezit’. Zie

2.3 Bezitsbescherming van onroerende goederen

Het WNH regelt de bescherming van onroerende goederen in de titel ‘Van bezit-regt’ van het tweede boek. Een analoge titel bestaat niet in de Franse Code, maar wel in het Ontwerp Van der Linden, zodat men geneigd zou zijn te vermoeden dat de regeling hieruit zou zijn overgenomen. Het blijkt echter dat de regeling in het WNH een eigen opzet kent, die simpeler overkomt dan die van het OVL.

In het OVL treffen we een stelsel van bezitsbescherming aan dat, vergeleken met dat van De Groot's *Inleidinge*, een grotere invloed kent van het Romeinse recht. Die grotere invloed blijkt met name uit Van der Lindens behandeling van het zogeheten verweer van gebrekkig bezit, de *exceptio vitiosae possessionis*. Waar De Groot dit verweer nog onbesproken liet, werkt Van der Linden het helemaal uit in de geest van het Romeinse recht: bij bezitsstoornis mag degene die eigenrichting pleegt tegen iemand die jegens hem gebrekkig bezit een beroep op dit verweer doen, bij bezitsverlies niet.⁹²⁸ Van der Linden past op dit punt de Romeinsrechtelijke regels toe: bij bezitsstoornis gelden de regels van het interdict *uti possidetis* waarin het verweer is opgenomen, bij bezitsverlies past hij de regels van het interdict *unde vi* toe waarin het verweer door Justinianus nadrukkelijk is uitgesloten. Hij werkt de aanspraak op bezitsbescherming uit op de volgende manier in art. 3, aanhef, *juncto* art. 4 Ontwerp:

Art. 3. Het gevolg van bezit bestaat hier in: (...)

Art. 4. *b.* Dat de Bezitter eene actie heeft, om zich in het bezit te doen maintaineren, wanneer hij in hetzelfde gestoord is; of om het bezit te rug te bekomen, wanneer hij daar uit gestooten is.

Het verweer van gebrekkig bezit bij bezitsstoornis treffen we aan in de artikelen 7, aanhef, t/m 10 van het Ontwerp.

Art. 7. Niemand heeft regt, om zich in eenig bezit te doen maintaineren. (...)

Art. 8. *b.* Wanneer hij het bezit verkregen heeft, door den vorigen Bezitter gewelddadig uit hetzelfde te stooten.

Art. 9. *c.* Wanneer het bezit heimelijk verkregen is.

Art. 10. *d.* Wanneer hij het bezit bekomen heeft, alleenlijk tot wederzeggens toe.

Voor bezitsverlies geldt echter de regel dat eigenrichting uitgesloten is.

m.n. mijn uitwerking met betrekking tot het begrip ‘verjaringsbezit’, hieronder op p. 358.

⁹²⁸ Vergelijk met betrekking tot het over De Groot opgemerkte hierboven, p. 143.

Art. 19. Niemand mag onverwonnen gesteld worden buiten het bez. – Wordt hij, schoon op grond van een reël regt, op eigen gezag uit het bezit gestooten, moet zulks eerst hersteld worden, eer het onderzoek van dat reël regt in aanschouw kan komen.

Het WNH verschilt van het OVL omdat het geen enkele uitzondering erkent op het verbod van eigenrichting. Dit wordt buiten twijfel gesteld door art. 461, maar vooral door art. 465 WNH: zelfs iemand met een beter recht dan de bezitter mag alleen de gerechtelijke weg bewandelen om zijn bezit te herkrijgen.

Art. 461. Bezit heeft ten gevolge, dat de bezitter voor eigenaar wordt gehouden, en in het bezit mag blijven, tot dat een ander den eigendom geregteijk heeft ingewonnen.

Art. 465. Niemand mag, zonder regterlijke tusfchenkomst, buiten het bezit gesteld worden. Indien hij, schoon op grond van een beter regt, op eigen gezag uit het bezit gestooten wordt, moet zulks eerst hersteld worden, eer het onderzoek van dat beter regt in aanschouw komen kan; mits deze herstelling binnen het jaar door gepaste regtsmiddelen gevorderd zij.

Deze regeling sluit nauwer aan bij De Groots zienswijze en kan herleid worden naar het *gewere*-recht.⁹²⁹ Ze bevat verder een uitdrukkelijke verwijzing naar de in de *actio spoli* vervatte regel *spoliata ante omnia redintegranda*, d.w.z. ‘het geroofde moet vóór alles teruggegeven worden’: met eigenrichting hernomen bezit dient teruggegeven te worden voordat de juridische procedures van start kunnen gaan.⁹³⁰ Wat duidelijkheid betreft, laat de regel weinig te wensen over: men kan een bestaand bezit slechts doorbreken met een beroep op een beter recht, maar het niet tijdig inroepen van dat betere recht leidt tot verlies door rechtsverwerking. De afwezigheid van het verweer van gebrekkig bezit en de nadruk op de exclusieve bevoegdheid van de rechter om iemand uit zijn bezit te zetten, het bezien van bezit als een recht en het verliezen van de bevoegdheid tot bezitsherstel door rechtsverwerking zijn stuk voor stuk kenmerken die ik in verband heb gebracht met de bescherming van de *gewere*.

Ik kom dan ook tot de slotsom dat in het WNH het bezit van onroerende goederen beschermd wordt door voorschriften die we kennen uit het *saisine*-recht, hoewel het bezitsbegrip in de titel *Bezitregt* is gebaseerd op het Romeinse

⁹²⁹ Zie hierboven p. 139 e.v.

⁹³⁰ Het is waarschijnlijk de verwijzing naar de algemene *actio spoli* die Middelberg doet opmerken dat dit artikel ook houders beschermd, zie Middelberg 1953, p. 117 en zijn noot 62. Deze zienswijze lijkt me onjuist, omdat houders op grond van art. 460 WNH niet worden aangemerkt als bezitters, zie voor de bewoordingen van dit voorschrift mijn noot 832.

recht. Een bijkomende aanwijzing hiervoor vind ik in het laatste voorschrift van de titel. Dit luidt:

Art. 466. De wijze, waarop bezit door verjaring in *volkomen*’ [cursivering, *HHR*] eigendom overgaat, wordt behandeld bij den titel van prescriptie.

Opvallend is de toevoeging ‘volkomen’. Het WNH gebruikt het begrip ‘volkomen’ eigendom, zoals ik hierboven aangaf, ter aanduiding van de onbezwaarde eigendom.⁹³¹ Maar welke jurist zou in zijn uitleg van verkrijgende verjaring het woord ‘onbezwaard’ toevoegen? Een dergelijke toevoeging trekt, vanwege zijn schoolmeesterachtige karakter, onmiddellijk de aandacht en past slecht in het verder op zakelijke wijze opgestelde wetboek. Bezien van uit het Romeinse recht is de toevoeging bovendien overbodig: in dat recht geldt verkrijgende verjaring als een oorspronkelijke verkrijging die per definitie onbezwaard is! Maar het woord ‘volkomen’ is kennelijk bewust toegevoegd: we treffen het namelijk opnieuw aan in een voorschrift in het derde boek, in het hoofdstuk ‘*Van bezit in betrekking tot prescriptie*’.⁹³² De toevoeging valt echter op zijn plaats wanneer men zich bedenkt dat het equivalent van de Romeinsrechtelijke eigendom in het *saisine*-recht de ‘*saisine* van jaar en dag’ is, omdat deze, ten opzichte van de andere *saisines*, het meest volkomen recht geeft. Voor wie uitgaat van het relatieve bezitsbegrip van de *saisine* is het volstrekt logisch om de nadruk te leggen op de volkomenheid van de eigendom om zo kenbaar te maken dat dit de hoogste vorm van *saisine* is.

2.4 De positie van de houder in het WNH

Hierboven heb ik uiteengezet dat het WNH elementen van twee rechtsstelsels heeft vermengd. Het *gewere*-recht onderscheidt oorspronkelijk niet tussen eigendom, bezit en houderschap: het beschermt al deze vormen van feitelijke heerschappij. Dit doet het WNH niet: doordat het kiest voor het bezitsbegrip van het Romeinse recht kan alleen degene die als civiel bezitter gekwalificeerd wordt aanspraak maken op bescherming.

Een houder kan weliswaar gebruik maken van het bewijsvermoeden van bezit en eigendom (1860 WNH), maar dat kan ontkracht worden met tegen-

⁹³¹ Zie hierboven, p. 247.

⁹³² Art. 1859 WNH luidt: Om den *volkomen*’ [cursivering, *HHR*] eigendom van eene zaak door prescriptie te verkrijgen, moet men daarvan het bezit hebben, zoo als hetzelfde bij artikel 459 beschreven wordt: moettende dit bezit wijders aanhoudend, onafgebroken, niet gewelddadig, noch heimelijk, noch dubbelzinnig en onder den titel van eigenaar zijn.

bewijs. De juridische positie van de houder is dus een slechtere dan zij was in het *saisine*-recht. Ik wees er op dat bij een keuze tussen de twee bezitssystemen de vraag naar bezitsbescherming van de bloot-houder futiel is.⁹³³ In het ene systeem wordt hij immers voor wat betreft de bescherming principieel gelijkgesteld met iedere andere persoon die de feitelijke macht over een zaak uitoefent of nut uit trekt, terwijl het andere systeem hem juist opzettelijk uitsluit van zakelijke bescherming. Het WNH kiest echter niet voor één systeem: het vermengt elementen uit beide systemen: de bezitsomschrijving van het Romeinse recht en de bescherming, zowel voor roerende als onroerende goederen, uit het *saisine*-recht. Hierdoor verschaft het een absolute bescherming tegen inbreuken, maar op die bescherming kan alleen een bezitter aanspraak maken.

Het gevolg van de regeling van het WNH is dat de houder juridisch afhankelijk is van de bezitter: hij beschikt niet over eigen bezitsacties. Nu dit wettelijk is vastgelegd, kan daarover geen twijfel meer bestaan. De regeling van het WNH voltooit het proces dat Hugo de Groot al voorstond.⁹³⁴

⁹³³ Zie hierboven p. 125.

⁹³⁴ Zie hierboven p. 138 e.v.

§ 3 Bezitsbescherming in de *Code civil* (1811-1838)

3.1 De bezitsregeling van de *Code civil*

De *Code civil* was ons tweede Burgerlijk Wetboek: het heeft in de noordelijke Nederlanden gegolden van 1811-1838. Oorspronkelijk had uitsluitend de Franse tekst kracht van wet, maar gouverneur Lebrun stond toe, in een besluit genomen op 3 november 1810, dat er vertalingen gemaakt werden van de Franse wetten en wetboeken.⁹³⁵ Voor het gemak van de lezer zal ik bij de behandeling van wetsvoorschriften steeds de vertaling geven en de originele wettekst in een noot plaatsen.

De plaatsing van de bezitsvoorschriften in de *Code civil* verschilt van die van het WNH: we vinden ze bijna allemaal in het derde boek in titel XX, dat het opschrift heeft ‘Van verjaring’.⁹³⁶ Bezit wordt omschreven in het tweede hoofdstuk van deze titel:

Art. 2228 Cc: Het bezit is de aanhouding of het genot van eene zaak, of van een regt, het welk wij in onze magt hebben, of uitoefenen, door ons zelve, of door een ander, die het in onzen naam in zijne magt heeft, of uitoefent.⁹³⁷

Deze omschrijving en veel van wat er verder in de *Code civil* over bezit wordt bepaald, is overgenomen uit werken van Pothier, met name zijn in 1772 verschenen verhandeling over bezit, *Traité de la Possession*.⁹³⁸ Ik verwijst daarvoor naar de behandeling in de eerste paragraaf van dit hoofdstuk.

⁹³⁵ Lokin & Zwolve 2006, p. 299. Zie over de rechtskracht van de Franse taal ook Lokin 2004, m.n. p. 7, noot 23: ‘Arrêté van 3 november 1810 van de Hertog van Plaisance: art. 1 Le texte français des lois et des décrets impériaux tel qu’il sort des presses de l’imprimerie impériale de Paris est seul reconnu pour authentique. Zie ook het Decreet van 22 juni 1810, Bulletin n° 295 art. 7 dat zegt dat de in het Bulletin gepubliceerde Franse tekst ‘servira seul de règle pour lever les difficultés qui pourraient s’élever sur le sens d’une disposition de la loi ou du décret’. Fortuyn III, 222, I.8. De Franse taal is voor alle Justitiële Zaken en Akten verboden op 1 december 1813, Sb. no 3 onder 5.’

⁹³⁶ Zie over de plaatsing van de voorschriften ook hierboven mijn noot 723 (*in fine*).

⁹³⁷ Van der Linden en d’Engelbronner 1810, p. 470. Art. 2228 Cc: La possession est la détention ou la jouissance d’une chose ou d’un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l’exerce en notre nom.

⁹³⁸ Vergelijk Pothiers omschrijving en mijn noot 723 hierboven op p. 197. Een handig hulpmiddel voor het vaststellen van Pothiers invloed op het wetboek is Fenets werk ‘Pothier analysé dans ses rapports avec le Code civil et mis en ordre sous chacun des articles de ce code’ (p. 695 e.v.), Parijs 1829. Zie over de invloed verder bijv. Troplong 1836, p. 144 (nr. 218); Van Bonefal Faure 1877, p. 2 e.v.; Middelberg 1953, p. 95; Asser-Beekhuis 1957, p. 86.

3.2 Bezitsbescherming van onroerende goederen

Hoewel Pothier in zijn *Traité de la Possession* aandacht besteedt aan de bezitsvorderingen met betrekking tot onroerende goederen werden zijn uiteenzettingen over dit onderwerp niet overgenomen in de *Code civil*. De wetgever is aan dit onderwerp zelfs nagenoeg voorbijgegaan.⁹³⁹ Ik verklaarde deze eigenaardigheid door erop te wijzen dat hieraan geen behoefte bestond omdat de wet van 1790 over de rechterlijke organisatie de nieuw opgerichte vrederechter ten aanzien van bezitsvorderingen bevoegd maakte en dat deze rechter niet aan wetsvoorschriften gebonden was.

3.3 Bezitsbescherming van roerende goederen

De verjaringstitel van de *Code civil* bevat wèl een wetsvoorschrift voor het bezit van roerende goederen (2279): Met betrekking tot roerende goederen geldt het bezit als titel.⁹⁴⁰ In de vorige paragraaf betoogde ik dat dit voorschrift slechts begrepen kan worden wanneer men het bezit vanuit het oude *gewere*-recht: het zou daar aangeven dat bezit van roerende goederen aanspraak zou geven op de bescherming van die *saisine*.⁹⁴¹

3.4 Bezitsovergang ten gevolge van de regel *le mort saisit le vif*

In de Romeinsrechtelijke zienswijze verkrijgt men het bezit van een nalatenschap door feitelijke inbezitneming.⁹⁴² Het *gewere*-recht kende daarentegen de stelregel ‘de dode stelt de levende in het bezit’, *le mort saisit le vif*, die uitdrukt dat het bezit van rechtswege overgaat op de erfgenaam of legataris. Het is deze laatste regel die ingang vond in de *Code civil* (art. 724 Cc). Een wettige erfgenaam of legataris beschikt dus over dezelfde bezitsvorderingen als die waarover zijn erflater beschikte.⁹⁴³ Het verdient overigens opmerking dat de regel geplaatst is buiten de titel die de bezitsomschrijving bevat.⁹⁴⁴

⁹³⁹ Vgl. de opmerking van Vuye bij mijn noot 794.

⁹⁴⁰ Art. 2279 Cc: En fait des meubles, la possession vaut titre. (De tweede zin luidt: Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient.)

⁹⁴¹ Zie hierboven p. 223 e.v.

⁹⁴² Zie hierboven mijn noot 439.

⁹⁴³ De Franse Code civil hanteert, vanwege het daarin opgenomen natuurrechtelijke uitgangspunt dat verbintenissen reeds eigendomsoverdracht kunnen bewerkstelligen,

3.5 Bezitsbescherming verdeeld over materieel en formeel recht

Meerdere schrijvers hebben vastgesteld dat de *Code civil* een schrale oogst biedt voor de bezitsleer en de bezitsbescherming.⁹⁴⁵ De Belgische schrijver Vuye stelt, naar aanleiding van een uitspraak van Asser, dat buitenlandse onderzoekers hierdoor wel eens in de val lopen en beweren dat men in Frankrijk lijdt aan “een gebrek aan de vereischte verordeningen opzigtelijk deze gewichtige materie”.⁹⁴⁶ Volgens Vuye zijn deze buitenlandse onderzoekers echter misleid: ‘In feite bevinden de bezitsvorderingen zich niet in de C.C. [Code civil, HHR], maar in wel in de C.P.C. [Code de procédure civil, HHR].’⁹⁴⁷

Ik stem in met Vuye’s oordeel dat de *Code civil* (1804) voor de bezitsleer verder geen aanknopingspunten biedt. Ook onderschrijf ik zijn vaststelling dat men de *Code de procédure civil* (1806) zal moeten naslaan voor voorschriften over bezitsacties. Maar dit wetboek bevat eerder een verwijzing naar de bezitsacties dan de bezitsvorderingen zelf: de betreffende titel beslaat slechts vijf artikelen en de bezitsvorderingen worden daarin niet eens bij naam genoemd. Op zich hoeft dat geen verbazing te wekken: de titel is geplaatst in het boek over de vrederechter en gezien vanuit de wetsongebondenheid van de vrederechter is het opmerkelijk dat de samenstellers van de *Code de procédure civil* überhaupt wetsvoorschriften over bezitsacties hebben opgenomen. Dit was dan ook niet het geval in de voorgaande procedureregeling voor de vrederechter. Dat is het op 18 oktober 1790 door de *Constituante* uitgevaardigde Decreet bevattende de procedureregeling voor de vrederechter, *Décret contenant règlement sur la procédure en la justice de paix*.⁹⁴⁸ Kennelijk hebben de vele vrederechters het 16 jaar

niet het Romeinsrechtelijke onderscheid tussen het *legatum per vindicationem* of dat *per damnationem*. Het kent dus niet het Romeinsrechtelijke vereiste van bezitsverschaffing, *traditio* voor eigendomsovergang. Vgl. art. 711 jo. 1138 Code civil.

⁹⁴⁴ Ik heb dit voorschrift opgenomen in mijn noot 740.

⁹⁴⁵ Zie bijv. Terré & Simler 2006 (mijn noot 795); Vuye 1995, p. 120 (mijn noot 939); Van Oven 1905, p. 208 (mijn noot 817) en reeds Asser 1838 p. 241 (§ 336), die de tweede titel (‘Van bezit en de regten die daaruit voortvloeien’) van het BW 1838 verge-lijkt met de Franse Code civil: ‘Deze titel ontbreekt ten eenenmale aan de Fransche wet-geving, welke zich slechts heeft bepaald tot eenige weinige verordeningen in den titel van *verjaring* voorkomende (art. 228-2235 van het Wetboek Napoleon), en welke met der daad bij uitsluiting op de *usucapio* [verkrijgende verjaring, HHR] betrekkelijk zijn; doch nergens zal men in dat Wetboek eenig het allermiste spoor aantreffen van het *bezitregt* en deszelfs gevolgen, mitsgaders van de middelen om daarin te worden gehandhaafd.’

⁹⁴⁶ Vuye 1995, p. 120 (noot 421).

⁹⁴⁷ Vuye 1995, p. 120-121 (noot 421).

⁹⁴⁸ Dit decreet (No. 315) verwierf kracht van wet op 26 oktober 1790 (Loi contenant règlement pour la procédure en la justice de paix: donnée à Saint-Cloud, le 26 octobre 1790). Deze regeling heeft als basis gediend voor de regeling van de vrederechter in de

kunnen stellen zonder de door de *Code de procédure civile* ingevoerde voorschriften. Daarbij teken ik aan dat het ontwerp van dit wetboek in eerste instantie dergelijke voorschriften niet bevatte: de ontwerpers meenden niet verder te hoeven te gaan dan een eenvoudige verwijzing naar de bevoegdheid van de vrederechter in bezitskwesties.⁹⁴⁹ Hiertegen bracht de sectie wetgeving van het Tribunaat echter de volgende punten van kritiek in:

Artikel 3 (3 van de Code). Het tweede nummer eindigt als volgt: *en alle andere bezitsacties*. (...) zij [de sectie, HHR] uit de wens dat er speciale regels uitgewerkt worden over de complainte en de réintégrande, naar het voorbeeld van wat er reeds gedaan is in de ordonnantie van 1667.⁹⁵⁰

(...) De sectie blijft bij haar vraag of er een titel over de réintégrande zal zijn. Het is onontbeerlijk om uiteen te zetten wat de aard van het bezit is, dat alleen aanleiding kan geven voor deze actie; of men het petitoir kan samenvoegen met het possessoir; of men gebruik kan maken van het possessoir nadat men is begonnen met het petitoir.⁹⁵¹

De samenstellers van de *Code de procédure civile* voegden naar aanleiding van deze wensen in hun ontwerp een vierde titel toe: over oordelen in bezits-

Code de procédure civil, zie Faure's uiteenzetting voor het Wetgevend Lichaam in Locré 1837 (IX), p. 267: 'On y a refondu la plus grande partie des dispositions de la loi du 19 octobre 1790 (*sic*), dont plus de quinze années d'expérience ont justifié la sagesse. Plusieurs améliorations ont été reconnus nécessaires; elles ont donné lieu à quelques changements dont je vais indiquer le plus essentiels; j'y joindrai les motifs qui les ont déterminés.' Faure noemt de wet van 19 oktober 1790. Ik meen dat hier sprake is van een vergissing: dit is decreet No. 306 van 12 oktober, dat op 19 oktober kracht van wet verwierf. Het betreft eveneens een wet op het punt van de regeling van de juridische organisatie (Décret sur l'installation des nouveaux juges des tribunaux de district, et l'exercice de leurs fonctions en matière civile et criminelle), maar het bevat niet de procedureregels voor de vrederechter.

⁹⁴⁹ Vergelijk art. 3 Ontwerp in Locré 1837 (IX), p. 21: Elle le sera devant le juge de la situation de l'objet litigieux, lorsqu'il s'agira, 1^o (...), 2^o Des déplacements de bornes, des usurpations de terres, arbres, haies, fossés et autres clôtures, commis dans l'année; des entreprises sur les cours d'eau, commises pareillement dans l'année et toutes autres actions possessoires; (...)

⁹⁵⁰ In de Ordonnantie van 1667 (zie ook mijn noot 727) treft men een titel XVIII aan: De complaints & reintegrandes.

⁹⁵¹ Locré 1837 (IX), p. 193: 3. – Article 3 (3 du Code). Le n^o. 2 se termine ainsi: *Et de toutes autres actions possessoires*. (...) elle [la section, HHR] émet le vœu qu'il soit tracé des règles spéciales sur la complainte et la réintégrande, à l'exemple de ce qui avait été fait dans l'ordonnance de 1667. (...) La section persiste à demander qu'il y ait un Titre sur la réintégrande. Il est indispensable d'expliquer quelle est la nature de la possession, qui seule peut donner lieu à l'action; si le pétitoire peut être cumulé avec le possessoire; si on peut recourir au possessoire après avoir commencé par le pétitoire.

vorderingen, *Des jugements sur les Actions possessoires*, zich daarbij baserend op de ordonnantie van 1667.⁹⁵² De betreffende artikelen luiden als volgt:

Art. 23 C.P.C. De bezitsvorderingen zijn slechts ontvankelijk wanneer zij zijn ingesteld in het jaar waarin zich de bezitsstoring heeft voorgedaan door hen die, tenminste gedurende een jaar, hetzij direct of door middels derden in het vredig bezit waren, op grond van een andere titel dan bezit ter bede.⁹⁵³

Art. 24 C.P.C. Indien het bezit of de storing wordt betwist, zal het onderzoek dat wordt bevolen zich niet uitstrekken tot de grondslag van het recht.⁹⁵⁴

Art. 25 C.P.C. De bezitsvordering en de eigendomsvordering mogen niet samen worden ingesteld.⁹⁵⁵

Art. 26 C.P.C. De eiser in het eigendomsproces mag niet meer toegelaten worden tot het instellen van de bezitsvordering.⁹⁵⁶

Art. 27 C.P.C. De verweerder in het bezitsproces kan geen eigendomsvordering instellen, alvorens de beslissing van de rechter over de bezitsvordering in kracht van gewijsde is gegaan; indien hij in het ongelijk is gesteld, kan hij die vordering pas instellen nadat hij aan de tegen hem uitgesproken veroordelingen voldaan heeft. Evenwel, indien de partij die de veroordelingen heeft verkregen, deze te laat doet uitvoeren, kan de rechter over de eigendomsvordering voor deze uitvoering een termijn stellen, waarna de eigendomsvordering toegelaten is.⁹⁵⁷

⁹⁵² Zie de uiteenzettingen van Treilhard en Faure voor het Wetgevend Lichaam in Locré 1837 (IX), p. 251-252 & 268.

⁹⁵³ Art. 23 C.P.C. Les actions possessoires ne sont recevables qu'autant qu'elles auront été formées dans l'année du trouble par ceux qui, depuis une année au moins, étaient en possession paisible par eux ou le leurs, à titre non précaire. Vgl. art. 1 van Titel XVIII van de Ordonnantie 1667, hierboven geciteerd in mijn noot 585.

⁹⁵⁴ Art. 24 C.P.C. Si la possession ou le trouble sont déniés, l'enquête qui sera ordonnée, ne pourra porter sur le fond du droit. Vgl. art. III van Titel XVIII van de Ordonnantie 1667: Si le défendeur en complainte dénie la possession du demandeur, ou de l'avoir troublé, ou qu'il articule possession contraire, le Juge appointera les parties à informer.

⁹⁵⁵ Art. 25 C.P.C. Le possessoire et le pétitoire ne seront jamais cumulés. Vgl. art. V van Titel XVIII van de Ordonnantie 1667: Les demandes en complainte ou en reintegrande, ne pourront être jointes au pétitoire, ni le pétitoire poursuivi, que la demande en complainte ou en reintegrande n'ait été terminée, & la condamnation parfournie & exécutée. Défendons d'obtenir Lettres pour cumuler le pétitoire avec le possessoire.

⁹⁵⁶ Art. 26 C.P.C. Le demandeur au pétitoire ne sera plus recevable à agir au possessoire.

⁹⁵⁷ Art. 27 C.P.C. Le défendeur au possessoire ne pourra se pourvoir au pétitoire qu'après que l'instance sur le possessoire aura été terminée: il ne pourra, s'il a succombé, se pourvoir qu'après qu'il aura pleinement satisfait aux condamnations prononcées contre lui. Si néanmoins la partie qui les a obtenues était en retard de les faire liquider, le juge du pétitoire pourra fixer, pour cette liquidation un délai, après lequel l'action au pétitoire sera reçue. Vgl. art. IV van Titel XVIII van de Ordonnantie 1667: Celui contre lequel la complainte ou reintegrande sera jugée, ne pourra former la demande au pétitoire sinon après que le trouble sera cessé, & celui qui aura été dépossédé rétabli en la possession, avec restitution de fruits & revenus, & payé des dépens, dommages & intérêts, si aucuns ont été adjugés, & neantmoins s'il est en demeure de faire taxer les dépens, & liquider les fruits, revenus, dommages & intérêts dans le temps qui luy aura

Deze titel is zonder enige discussie aangenomen.⁹⁵⁸ Dit is opmerkelijk omdat zij voorbijgaat aan de belangrijkste vraag van de wetgevingssectie. Die achtte een nadere uiteenzetting onmisbaar van de aard van het bezit dat aanleiding kon geven tot de bezitsvorderingen. Ze wenste de opname van een algemene bezitsleer en erkende daarmee impliciet dat de *Code civil* op dit punt tekortschoot. Aan deze wens hebben de samenstellers van de *Code de procédure civile* geen gehoor gegeven, ze hebben zich terughoudend opgesteld en zijn niet verder gegaan dan het formuleren van ‘enige regels’.⁹⁵⁹ Dat is op zich begrijpelijk: men kan de zienswijze verdedigen dat een dergelijke regeling bestaat uit materieel recht daarom beter zou passen in de *Code civil*. Dit schijnt ook het standpunt te zijn geweest dat Faure innam in zijn presentatie van deze titel aan het Wetgevend Lichaam: hij verwees kortweg naar de *Code civil*.⁹⁶⁰ Maar daarmee blijft het door de sectie gesignaleerde probleem onopgelost: de ontbrekende aansluiting van beide wetboeken voor wat betreft de bezitsvorderingen.⁹⁶¹

Een discussie over de vierde titel had verder licht kunnen werpen op de beweegredenen van de samenstellers voor het opnemen van de artikelen 25 en 27 C.P.C. De plaatsing in het boek over de vrederechter wekt verbazing: men heeft de vrederechter nadrukkelijk niet competent willen maken in eigendoms-kwesties, terwijl deze regels juist gericht zijn aan de rechter die daarover beslist.⁹⁶² Wellicht is bij de overname van deze artikelen uit de koninklijke Ordonnantie 1667 uit het oog verloren dat die stamde uit een andere wereldorde: die waarin rechtbanken nog competent waren in zowel bezits- als eigendoms-kwesties.

été ordonné, l'autre partie pourra pourfuivre le Deze titel is zonder enige discussie aangenomen.⁹⁵⁷ petitoire en donnant caution de payer le tout après la taxe & liquidation qui en fera faite.

⁹⁵⁸ Locré 1837 (IX), p. 25: Ces articles n'ont donné lieu à aucune discussion. Ils ont été présentés, pour la première fois, dans la rédaction définitive adoptée dans la séance du 29 mars, et qui est celle de même Code.

⁹⁵⁹ Vgl. Treilhard in diens uiteenzetting voor het Wetgevend Lichaam van de beweegredenen. Locré 1837 (IX), p. 251: ‘Nous vous avons annoncé un Titre sur les actions possessoires; ce Titre manquait dans la loi de 1790; *nous n'avons pas dû nous dispenser de rappeler quelques règles sur cette matière* [cursivering, HHR], qui forme une partie si importante des attributions du juge de paix.’

⁹⁶⁰ Locré 1837 (IX), p. 268: ‘Quant aux règles qui concernent la possession, c'est au Code Civil qu'il faut se référer.’

⁹⁶¹ Zie ook hierboven mijn noot 817 met o.a. de kritiek van Van Oven.

⁹⁶² Zie over de competentieverdeling hierboven p. 216.

3.6 De positie van de houder in de *Code civil*

Ten aanzien van de positie van de houder in de *Code civil* gold eigenlijk hetzelfde als voor die in het WNH. De bezitsdefinitie van de Code is terug te voeren op het Romeinse recht, maar de – vergeleken met het WNH – minder uitgewerkte bescherming geschiedt door acties die zijn geworteld in het *gewere*-recht. Omdat de houder niet aan de bezitsomschrijving voldoet, kon hij geen aanspraak maken op bezitsbescherming: hij had slechts een verbintenisrechtelijke aanspraak tegen zijn contractspartner.⁹⁶³

Inmiddels zijn net als in België ook in Frankrijk op het punt van de bezitsvorderingen de nodige verstrekkende wijzigingen en aanvullingen aangebracht. Die wijzigingen vonden plaats in zowel de *Code civil* als de *Code de procédure civile*. Zo is de wetgever eerst de bezitsvorderingen bij naam gaan aanduiden, maar is daar later weer van afgestapt en heeft hij ervoor gekozen om de bezitsbescherming ook uit te breiden naar de bloot-houder, zoals de huurder.⁹⁶⁴ Terwijl Pothier, zoals opgemerkt, verantwoordelijk was voor een romanisering van het Franse recht op het gebied van de bezitsbescherming, is er nu sprake van een tendens in de omgekeerde richting. Hoewel deze ontwikkeling ongetwijfeld van groot belang is, valt een bespreking ervan buiten het bestek van mijn onderzoek, dat gericht is op het Franse recht zoals dit tot 1838 in Nederland is toegepast.

⁹⁶³ Zie voor m.n. de huurder nog art. 1725 Cc, hierboven aangehaald bij mijn noot 448.

⁹⁶⁴ Zie voor de huidige Franse wetgeving op dit punt mijn noot 721.

§ 4 Bezitsbescherming in het OBW (1838-1992)

‘Zijne Majesteit had, overeenkomstig den wensch der Kamer, bevolen, dat het Nederlandsche regt eenen Titel zoude bevatten opzigtelijk het bezitregt; welke stoffe ten eenen male door den Franschen wetgever was uit het oog verloren.

Die titel is dan ook door de Commissie van Redactie opgesteld geworden, en de Minister heeft daarin aangetroffen al die gezonde beginselen, welke in de beide groote afdeeling des Koninkrijks steeds in materie possessorisch zijn van kracht geweest, en welke op eene duidelijke wijze de regten en plichten van den bezitter aanwijzen, terwijl die Titel overigens met zoodanige definitien en regtskundige onderscheidingen verrijkt is, als tot het verstand der zaak vereischt werden.’⁹⁶⁵

Minister van Justitie C.F. van Maanen, 16 augustus 1823

4.1 De opdracht om de *Code civil* te vervangen

Toen Nederland in 1813 niet langer deel uitmaakte van het Franse keizerrijk en zijn onafhankelijkheid herkreeg, bouwde het nieuwe staatsbestel voort op de centralistische staatsidee die met de staatsgreep van 1798 haar intrede had gedaan.⁹⁶⁶ De soevereine vorst Willem I, de latere koning, gaf zijn volk in 1814 een nieuwe Grondwet.⁹⁶⁷ In navolging van de Staatsregeling van de Bataafse Republiek, bepaalde het honderdste artikel hiervan dat er een nieuw, nationaal Burgerlijk Wetboek moest komen:

Er zal worden ingevoerd een algemeen Wetboek van burgerlijk regt, lijfstraffelijk regt, van den koophandel, en van de samenstelling der regterlijke magt en de manier van procederen.⁹⁶⁸

Dit nieuwe Burgerlijk Wetboek diende de Franse *Code civil* te vervangen. De commissie die was aangesteld voor het ontwerp, zag zich reeds aanstonds voor de vraag geplaatst of zij zich voor haar ontwerp kon baseren op het *Wetboek*

⁹⁶⁵ Pro Memoria van de Minister van Justitie aan Zijne Majesteit betreffende de Titel II. Noordziek 1875 (II), p. 4-6.

⁹⁶⁶ Lokin & Zwalve 2006, p. 300.

⁹⁶⁷ Sb. 1814, N^o. 44*. Zie Voorduin I,1, p. 10.

⁹⁶⁸ Lokin & Zwalve 2006, p. 300. Op p. 294 citeren zij art. 28 van de Algemene Beginselen der Staatsregeling van 1798: ‘Er zal een Wetboek gemaakt worden, zoo wel van Burgerlijke, als van Lijfstraffelijke Wetten, te gelijk met de wijze van Regts-vordering, op gronden door de Staatsregeling verzekerd, en algemeen voor de gantsche Republiek. Deszelfs invoering zal zijn, uiterlijk binnen twee jaaren, na de invoering der Staats-regeling.’

Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland, of dat een dergelijke herziening niet strookte met de bedoeling van de grondwet, omdat die een oorspronkelijk Nederlands wetboek vereiste.⁹⁶⁹

Het antwoord op deze vraag was vooral van belang omdat de invoering van het WNH een einde had gemaakt aan de voorheen bestaande rechtsverscheidenheid die volgde uit de gewestelijke autonomie. Anders gezegd: pas door de invoering van het WNH kende Nederland eenheid van privaatrecht. Zo werd voorheen in verschillende gewesten een uiteenlopende invulling gegeven aan het *mandament van maintenue*.⁹⁷⁰

Een keuze voor een geheel nieuw wetboek zou dan ook op de nodige obstakels stuiten, omdat dat van de grond af opgebouwd zou moeten worden. Het is dan ook weinig verrassend dat een meerderheid van de commissie zich na de beraadslaging over deze kwestie voorstander toonde van het nemen van het WNH als leidraad en grondslag voor het ontwerp.⁹⁷¹

Het meerderheidsstandpunt werd echter heroverwogen en losgelaten na ontvangst van een Koninklijk Besluit. Daarin gaf vorst Willem I onder andere aan akkoord te gaan met een verlenging van de deadline voor het ontwerp van het Burgerlijk Wetboek, omdat deze verlenging zou strekken “om hetgeen door eene juiste overeenstemming met de Nederlandsche zeden en gebruiken een’ hooger trap van nuttigheid en volkomenheid te geven, *en te doen uitblinken door die oorspronkelijke regtskennis, welke te allen tijde in deze gewesten heeft gebloeid* [cursivering, *HHR*].”⁹⁷² Voorduin meldt dat de commissie meende uit deze bewoordingen te kunnen opmaken dat de Vorst een *oorspronkelijk Nederlands wetboek* wenste, waarbij geen wetgeving, welke dan ook, allermindst de Franse wetgeving, maar alleen de wél overwogen behoefte, het wélbegrepen belang der natie, ten grondslag genomen moest worden.⁹⁷³

Op grond van deze overwegingen gooide de commissie het roer om en verzocht zij het lid Kemper om een nieuw ontwerp voor een burgerlijk wetboek te vervaardigen.⁹⁷⁴ Kemper baseerde dit ontwerp, dat bekend staat als het *Ontwerp 1816*, met name op de oude en zeer respectabele traditie van van het ‘Rooms-Hollandse’ recht.⁹⁷⁵

⁹⁶⁹ Voorduin 1837 (I,1), p. 15-16.

⁹⁷⁰ Zie hierboven, p. 174 e.v.

⁹⁷¹ Voorduin 1837 (I,1), p. 16.

⁹⁷² KB 13 November 1814, N^o. 39: zie Voorduin 1837 (I,1), p. 19-20.

⁹⁷³ Voorduin 1837 (I,1), p. 28.

⁹⁷⁴ Voorduin 1837 (I,1), p. 29.

⁹⁷⁵ Lokin & Zwalve 2006, p. 302. Vgl. Voorduin 1837 (I,1), m.n. p. 32 (uit Kempers brief aan de Koning van 22 December 1814).

4.2 Bezitsbescherming in het Ontwerp Kemper (Ontwerp 1816)

In tegenstelling tot de Franse *Code civil* kende het Ontwerp 1816 een zeer uitgebreide regeling van het bezit: de zesde titel *Van bezitregt* telt maar liefst 86 artikelen (1224 t/m 1309). Opmerkelijk is dat Kemper hierin houders – *detentoren* – aanmerkt als bezitter ‘in de ruimste zin’ en hen op grond daarvan bezitsbescherming toekent.⁹⁷⁶ De algemene wetsvoorschriften schrijven voor dat deze bescherming zich zal uitstrekken over ‘zaken’ in de ruimste zin: zij omvat lichamelijke en onlichamelijke zaken en ook roerende en onroerende zaken.⁹⁷⁷ Helaas noemt Kemper de ‘possesfoire regtsvordering’ die zijn ontwerp aan de houder toekent niet bij naam.⁹⁷⁸ Dat roept de vraag op welke vordering hij op het oog had. Het Rooms-Hollandse recht kende verschillende rechtsmiddelen voor bescherming van bezit, zoals het *mandament van inmissie*, het *mandament van maintenue*, het *mandament van complainte* en het *mandament van spolie*.⁹⁷⁹ Het is duidelijk dat Kempers regtsvordering zich niet beperkt tot het bezit van boedelbestanddelen en we mogen daaruit afleiden dat de regtsvordering niet is afgeleid van het *mandament van inmissie*. Ook het *mandament van maintenue* komt niet in aanmerking: dat dient immers tot handhaving in het bezit, terwijl dit

⁹⁷⁶ Vgl. art. 1224 en 1258 Ontwerp 1816.

Art. 1224 luidt: Door bezit wordt in den ruimften zin verstaan, het zoodanig onder zich of in zijne magt hebben van eene zaak, dat men daardoor in staat is dezelve te gebruiken, daarover te beschikken, en anderen daarvan uittesluiten.

Art. 1258 luidt: Wanneer iemand eene zaak, waarvan hij houder is, feitelijk ontnomen wordt, heeft hij, binnen het jaar na die ontneming, tegen den ontnemer eene possesfoire regtsvordering, om weder in het bezit van de zaak gesteld te worden, en tot vergoeding van de schade, welke door deze wederregtelijke daad is toegebracht op den voet en de wijze, zoo als dit regtsmiddel nader bij Art. 229 van de wet op de manier van procederen in civiele zaken omschreven wordt [dat wetsontwerp, dat bekend staat als Ontwerp 1815, is nooit wet geworden, *HHR*]. Art. 229 luidt: Wanneer iemand op eene wederregtelijke wijze een’ ander’ van zijn bezit ontzet of beroofd heeft, kan tegen hem bij request aan het gerechtshof, waartoe de zaak naar aanleiding van Art. 207 behoort, verzocht worden appointement van dagvaarding, om te antwoorden en voort te procederen op den eisch tot afdoening dezer wederregtelijke daad, en vergoeding van kosten, schaden en interessen. Geciteerd naar Middelberg 1953, Bijlage 23.

⁹⁷⁷ Vgl. art. 1013 en 1015 Ontwerp 1816:

Art. 1013 luidt: Wanneer de wet niet uitdrukkelijk onderscheid maakt, gelden hare bepalingen, zoo wel van onlichamelijke als van lichamelijke zaken. Een regt op of tot eene zaak kan even zeer als die zaak zelve het onderwerp eene regtsvordering zijn.

Art. 1015 luidt: Ook de verdeling van lichamelijke zaken in tilbare of roerende, en ontilbare of onroerende, grondt geen onderscheid van regt, dan voor zoo verre het tegendeel bij de wet bepaald wordt.

⁹⁷⁸ Art. 1302 kent aan de *burgerlijk* bezitter met name de ‘possesfoiren eisch tot maintenue’ toe.

⁹⁷⁹ Zie hierboven, p. 146. Vgl. Van der Linden 1806, p. 114-115.

voorschrift gericht is op bezits-herstel.⁹⁸⁰ Het *mandament van complainte* en het *mandament van spolie* stammen uit verschillende rechtsbronnen: het eerste is ontleend aan het *saisine*-recht; het tweede stamt uit het canonieke recht. Kemper's voorschrift stelt niet de *saisine*-rechtelijke eis van 'bezit van jaar en dag', iets wat men verwachten zou als het op het *mandament van complainte* was gebaseerd.⁹⁸¹ Verder valt op dat het voorschrift is gericht op de bestrijding van onrechtmatige inbreuken op houderschap: het wezenskenmerk van het *mandament van spolie*.⁹⁸² Behalve uit de formulering uit dit kenmerk zich in het verbod aan de gedaagde om een eis in reconventie te doen.⁹⁸³ De gedaagde kan zich bijvoorbeeld dus niet verweren met een beroep op het feit dat de eiser zelf 'gebrekkig' bezit. Een dergelijk beroep was wel toegestaan bij het *mandament van complainte*.⁹⁸⁴ Dit alles in aanmerking nemende kom ik tot de slotsom dat Kemper in zijn Ontwerp 1816 de houder beschermde met het *mandament van spolie*.⁹⁸⁵

Door ingrijpende politieke veranderingen heeft het Ontwerp 1816 nooit kracht van wet gekregen: de hereniging van de noordelijke en zuidelijke Nederlanden in het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden stond hieraan in de weg. Een driekoppige commissie uit de zuidelijke gewesten, die was ingesteld om het Ontwerp te beoordelen, maakte bij Koning Willem I bezwaar tegen het Ontwerp: zij achtte dit teveel gebaseerd op een aan het zuiden wezensvreemd Noord-Nederlands recht.⁹⁸⁶ Dat probleem werd ook onderkend door Van Hogendorp, de ontwerper van de nieuwe grondwet:

⁹⁸⁰ Dat de vordering een andere is dan de *maintenue* kan men overigens ook opmaken uit art. 229 van het Ontwerp 1816 (geciteerd in noot 976) en het daarop volgende art. 230 van dit Ontwerp dat luidt: Er wordt hierin, zoo ten principale als bij provisie, *op dezelfde wijze geprocedeerd als in maintenue* [cursivering, *HHR*]; met die bepaling echter, dat de gedaagde geene reconventie doen kan.

⁹⁸¹ Zie hierboven p. 156.

⁹⁸² Zie hierboven p. 146.

⁹⁸³ Zie de bewoordingen van art. 230 van het Ontwerp 1815 (geciteerd in mijn noot 980).

⁹⁸⁴ Zie hierboven p. 160.

⁹⁸⁵ Middelberg 1953, p. 131, komt tot dezelfde slotsom. Volgens Bort kon in het Rooms-Hollandse recht overigens ook het *mandament van complainte* door een houder, detentor, ingeroepen worden. De Groot stond een romanistische zienswijze voor en wilde een houder geen bezitsactie verlenen.

⁹⁸⁶ Voorduin 1837 (I,1), p. 81: 'Depuis l'avènement de Votre Majesté au trône du Royaume des Pays-Bas, l'objet constant de Votre sollicitude paternelle a été de procurer aux peuples, dont la destinée a été remise entre Vos mains royales, le repos et la tranquillité; mais nous croyons, Sire, ne pouvoir nous dispenser de dire à Votre Majesté, que la mise à exécution du projet de code civil, n'attendrait point ce but tant désiré; sa publication serait l'introduction d'un droit nouveau, car il a été conçu et rédigé pour les provinces *septentrionales*.' De commissie bestond uit de rechtsgeleerden Nicolaï, Lammens en De Guchtenaere.

zoekende naar het oude Nederlandsche Regt, naar voorvaderlijke zeden en gewoonten, ontmoette men niet een enkel Regt, maar verscheidene en zeer verschillende Regten. In Vriesland, in Gelderland, in Holland, zonder nog te spreken van Brabant, van Vlaanderen, van Luik, liepen niet alleen zeer gewichtige Wetten uit elkander, maar de geest van het Regt was moeilijk overeen te brengen.⁹⁸⁷

4.3 Bezitsbescherming in het Ontwerp 1820

De zuidelijke commissie toonde zich voorstander van een geheel andere opzet dan het vervaardigen van een nieuw wetboek: zij wenste een bewerking van de Franse *Code civil*.⁹⁸⁸ Koning Willem I weigerde echter nadrukkelijk gehoor te geven aan het verzoek van de zuidelijke commissie om de *Code civil* als basis te nemen voor het ontwerp. Hij gelastte in art. 1 van het Koninklijk Besluit van 20 Augustus 1817, No. 3:

(...) DAT HET VOOR EENE AFGEDANE ZAAK MOET WORDEN GEHOUDEN, DAT DE BOVENGEMELDE ONTWERPEN, ZOO ALS DERZELVE ZIJN LIGGENDE, DEN GRONDSLAG DER DELIBERATIËN VAN DEN RAAD VAN STATE MOETEN UITMAKEN, EN DAT DIERHALVE HET DENKBEELD, OM OP NIEUW ALLEENLIJK EENE HERZIENING VAN THANS BESTAANDE WETBOEK, TE DOEN PLAATS HEBBEN, BUITEN AANMERKING BEHOORT TE BLIJVEN.⁹⁸⁹

⁹⁸⁷ G.K. van Hogendorp, Bijdragen tot de huishouding van staat in het Koninkrijk der Nederlanden, VIII, 's-Gravenhage 1824, p. 3, geciteerd naar Lokin & Zwalve 2006, p. 301.

⁹⁸⁸ Vgl. Voorduin 1837 (I,1), p. 75: 'De Heeren VAN GENNEP en PHILIPSE hielden met de Belgische commissiën vele bijeenkomsten, waarin al spoedig bleek, dat men in België zeer aan de Fransche wetgeving gehecht was, en geene andere voor wenschelijk achtte; dat men dezelve alleen gewijzigd wilde zien, waar de ondervinding dit als noodzakelijk had aangewezen. Men was in België, sedert de invoering der Fransche wet, met dezelve bekend; ook Belgische regtsgeleerden hadden tot derzelver samenstelling medegewerkt; men had de voorvaderlijke wetten langer gemist, dan hier te lande. Eene oorspronkelijke Noord-Nederlandsche wetgeving, gelijk de, door de commissie van 18 April 1814, ingediende ontwerpen bevatten, moest dus aldaar veel tegenkanting ondervinden.' Deze gehechtheid blijkt, voor wat betreft het ontwerp voor het burgerlijk wetboek, in het bijzonder uit het door Voorduin op p. 82 opgenomen fragment uit het verslag van de heren Lammens, De Guchtenere en Nicolaï bevattende de slotsom van hun bedenkingen op het ontwerp na de conferenties hierover met de heren Kemper en Reuvens, sinds 10 Mei 1816 gehouden: 'Nous estimons donc, qu'il serait utile, que Votre Majesté, daignât ordonner la formation d'une commission de jurisconsultes choisis dans toutes les parties du Royaume; que cette commission fût chargée de prendre pour base de son travail le code civil qui nous régit et les lois et coutumes anciennes, qu'il serait nécessaire de faire revivre; [cursivering, HHR] (...).' Zie ook: Middelberg 1953, p. 107.

⁹⁸⁹ Voorduin 1837 (I,1), p. 123-124.

De beraadslagingen over het Ontwerp 1816 in de Raad van State begonnen op 6 juli 1818 en duurden enkele maanden. Als gevolg van de opmerkingen door de Belgische Commissie en in de Raad van State gemaakt, wordt het Ontwerp 1816 iets gewijzigd en in 1820 aan de Staten-Generaal aangeboden: dit is het Ontwerp 1820.⁹⁹⁰

In het Ontwerp 1820 handhaafde Kemper de plaatsing van bezit in de 6^e titel: *Van Bezitregt*. De titel kent 78 wetsvoorschriften die weinig verschillen van die van de bezittitel van het Ontwerp 1816. Middelberg heeft in een bijlage bij zijn proefschrift de bepalingen van beide titels stuk voor stuk met elkaar vergeleken.⁹⁹¹ Wie kennis neemt van deze bijlage zal instemmen met Middelbergs conclusie dat Kemper vooral wijzigingen van ondergeschikte betekenis heeft doorgevoerd.⁹⁹² Ten aanzien van bezit lag een grotere toenadering richting de Franse *Code civil* trouwens ook niet voor de hand, omdat dat wetboek ten aanzien van dit onderwerp weinig voorschriften bevatte. Kemper wijst hier nadrukkelijk op in zijn *Ophelderende Memorie omtrent de beginselen, welke men gemeend heeft, bij de bearbeiding des overgegeven ontwerps van het Burgerlijk Wetboek voor het Koninkrijk der Nederlanden ten grond te moeten leggen*.

Noodiger daarentegen is het, bij hetgeen dit onderwerp (Tit. 6) omtrent bezitregt bepaalt, een oogenblik te vertoeven. In het Fransche Wetboek vindt men hieromtrent geenen afzonderlijken Titel. Alleen bij de verjaring wordt met een woord over de natuur van het bezit gesproken, en verder dit onderwerp met stilzwijgen voorbijgegaan. Meer dan eene reden hebben de ontwerpers bepaald, om dit voetspoor niet te volgen. Het bezit toch geeft ook andere regten dan met opzigt tot de verjaring. De bepalingen daaromtrent, in de voorgedragene Titels voorkomende, vinden dagelijks toepassing; en men behoeft niets te doen dan de Schriften van de Fransche Uitleggers van het tegenwoordig regt op te slaan, ten einde zich te overtuigen, dat de weglating van dit onderwerp inderdaad eene gaping is; daar men wel ook aldaar meestal hetzelfde vindt, dat hier bepaald wordt, doch in stede van tot bevestiging daarvan, gelijk overal elders plaatsen uit het tegenwoordig Wetboek aan te treffen, uitsluitend Wetten uit het Romeinsche regt ziet aanhalen, alsof men in eene uit den tegenwoordigen tijd in den ouden Romeinschen Staat verplaatst was.⁹⁹³

⁹⁹⁰ Middelberg 1953, p. 107.

⁹⁹¹ Middelberg 1953, Bijlage 3, p. B5 e.v. Zie ook: van Gessel-De Roo 1991 (*Zakenrecht 1798-1820*).

⁹⁹² Middelberg 1953, p. 131.

⁹⁹³ Ontwerp 1820, p. 11. Een aansprekend voorbeeld van de laatste opmerking treft men aan in een werk van de president van de Franse Cour de Cassation, Henrion de Pansey: 'Quand même il seroit vrai, comme nous le dirons dans le chapitre suivante, qu'il est à présumer que nous n'avons pas emprunté des Romains l'idée des complaints possessoires, il n'en seroit pas moins essentiel de connoître leurs lois à cet égard, parqu'il faudroit toujours convenir que nous leurs devons des règles organiques de cette partie de la jurisprudence française.' De Pansey 1822, p. 356.

4.3.1 Bescherming voor de houder

In het Ontwerp 1820 handhaafde Kemper het voorschrift dat de houder, detentor, in staat stelde de possessoire rechtsvordering in te stellen die ik aanmerkte als het *mandament van spolie*.⁹⁹⁴ Dit ongetwijfeld tot groot ongenoegen van de Belgische commissie die de zuidelijke Nederlanden vertegenwoordigde: het Franse wetboek, dat zij als uitgangspunt wilde nemen en dat ten aanzien van de regeling van bezitsbescherming sterk beïnvloed was door Pothier, kent het *mandament van spolie* als zodanig niet. Het bevat slechts de door Pothier gedenuatureerde versie van dit rechtsmiddel, de *réintégrande*, en stelt dit alleen ter beschikking aan aan de burgerlijke bezitter, niet aan de houder.⁹⁹⁵

De Belgische commissie had voor het voorschrift in Kempers Ontwerp 1816 dan ook een wijzigingsvoorstel ingediend om duidelijk te maken dat de actie niet ingesteld kon worden door een houder, *detentor*:

om helder te doen uitkomen dat een huurder en een pachter, op wie het woord *houder* toepasselijk kan worden, desalniettemin niet zijn gerechtigd om in hun eigen naam een bezitsactie in te stellen, (...).⁹⁹⁶

Het vervolg van de zin uit het wijzigingsvoorstel maakt duidelijk dat de commissie het rechtsmiddel verder wilde beperken tot onroerende zaken.⁹⁹⁷

⁹⁹⁴ Zie hierboven, p. 263. Art. 1134 Ontwerp 1820 luidt: Wanneer aan iemand eene zaak, waarvan hij houder is, feitelijk ontnomen wordt, heeft hij, binnen het jaar na die ontneming, tegen den ontnemer, eene possessoire regtsvordering, om weder in het bezit van de zaak gesteld te worden, en tot vergoeding van de schade welke door deze wederregtelijke daad is toegebracht, op den voet en de wijze, zoo als dit regtsmiddel nader bij de wet op de manier van procederen in civiele zaken omschreven wordt.

⁹⁹⁵ Zie hierboven, p. 210 en vgl. mijn noot 753.

⁹⁹⁶ “(...) pour faire entendre clairement qu’un locataire et un fermier, auxquels le mot *houder* peut s’appliquer, ne sont néanmoins pas autorisés à intenter, en leur propre nom, une action possessoire, (...)”. *Rapport fait à Sa Majesté le Roi, par la Commission chargée de la révision du projet de Code Civil, Deuxième Partie: Observations particulières sur chaque titre du projet de code civil*, opmerking bij art. 1258 Ontwerp 1816 (p. 64). Nationaal Archief, Den Haag, Collectie J.M. Kemper (Cras), nummer toegang 2.21.098, inventarisnummer 24. In dit inventarisnummer bevindt zich naast een gedrukt exemplaar ook een handgeschreven versie van het Rapport. Het rapport is ook te vinden in: Nationaal Archief, Den Haag, Collectie 018 C.F. van Maanen, nummer toegang 2.21.114, inventarisnummer 337. Zie ook Middelberg 1956, p. 190 e.v. Vgl. verder noot 988 en Voorduin I, 1, p. 133: ‘Uit het verslag van de heren LAMMENS, DE GUCHTENARE en NICOLAI was het gebleken, en de Heer KEMPER had dit niet onopgemerkt gelaten, dat men in België eene sterke voorliefde voelde voor de Fransche wetboeken. Men was aldaar weinig of in het geheel niet bekend met onze Oud-Hollandsche regten en regtspleging, waarop het ontwerp grootendeels berustte.’

⁹⁹⁷ Het Ontwerp kende deze beperking niet: de artt. 907 en 909 Ontwerp 1820 komen letterlijk overeen met de artt. 1013 en 1015 Ontwerp 1816, zie hierboven mijn noot 977.

(...) teneinde zich in het bezit te laten herstellen van onroerende zaken waarvan hun verhuurder hen slechts het eenvoudig genot heeft verschaft. Wij willen graag dat de redactie van het artikel in overeenstemming wordt gebracht met onze kritiek.⁹⁹⁸

Zou Kemper het voorschrift van het Ontwerp 1820 inderdaad overeenkomstig deze wensen hebben herschreven, dan zou de bezitsactie overeenkomen met de *réintégrande*, zoals uiteengezet door Pothier, waardoor de bezitsactie een fundamenteel ander karakter gekregen zou hebben.⁹⁹⁹ Hij heeft dit niet gedaan.

4.3.2 *Het Ontwerp kent drie bezitsvorderingen*

Het Ontwerp 1820 bevat drie van de vier bezitsvorderingen die bekend waren in de Rooms-Hollandse rechtspraak, te weten: het *mandament van spolie*, het *mandament van maintenue* en het *mandament van inmissie*.¹⁰⁰⁰

Het *mandament van spolie* staat behalve aan de houder ook ter beschikking van de burgerlijke bezitter.¹⁰⁰¹ Deze partijen kunnen herstel vragen in hun feitelijk houderschap of bezit wanneer dat hen op onrechtmatige wijze ontnomen is. Coing beschreef deze vordering die haar oorsprong vindt in het canonieke recht treffend als een ‘bijna universeel rechtsmiddel’.¹⁰⁰² Ten tweede beschikt de burgerlijke bezitter – en ter voorkoming van misverstanden: alleen hij – over het

⁹⁹⁸ ‘(...) tendante à se faire remettre en possession des immeubles dont le bail ne leur a donné que la simple jouissance. Nous voudrions donc que la rédaction de cet article fût faite dans le sens de notre observation.’

⁹⁹⁹ Dit wordt door Middelberg 1953 p. 134, mijns inziens onvoldoende onderkend: ‘Aan de andere kant is het merkwaardig, dat men op het hierin [Ontwerp 1820, *HHR*] uitgewerkte bezitssysteem als zodanig geen kritiek heeft; de bezwaren die te berde zijn gebracht, betroffen slechts details.’

¹⁰⁰⁰ Vgl. Van der Linden 1806, p. 114-115 (§ 3): ‘Uit hoofde van Bezit zijn in onze Practijk onderscheiden regtsmiddelen ingevoerd: 1^o.) Om het Bezit te *verkrijgen*. Dit noemt men een Mandament van Immissie, het welk bijna eenig en alleen te pas komt, wanneer men door een mede-erfgenaam, met wien men een gelijk regt heeft, uit ’t bezit van de boedel geweerd wordt. 2^o.) Om het Bezit te *behouden*, en de belemmeringen, die ons daar in worden aangedaan, af te doen. Dit noemt men *Mandament van Maintenue*. Daar toe wordt vereischt een Bezit, het welk noch gewelddadig, noch heimelijk, noch tot wederzeggen toe verkregen is. 3^o.) Om het verloren Bezit *te rug te bekomen*. Dit noemt men *Mandament van Complainte*. Tot dit middel is noodig, dat men meer dan jaar en dag in de rustige en vredige possessie geweest is, en binnen ’s jaars uit dezelve is gestooten. Ten behoeven der geenen, die geweldadiger wijze, van hun bezit beroofd zijn, is uit het Pauselijk Regt in onze Practijk overgenomen het regtsmiddel, genaamd *Mandament van Spolie*.’

¹⁰⁰¹ Zie art. 1173 Ontwerp 1820.

¹⁰⁰² Haar ruime werkingsgebied, die die van het uit het *saisine*-recht afkomstige *mandament van complainte* volledig overlapte, maakte het overbodig om voor dat mandament een afzonderlijke regeling te treffen.

mandament van maintenue.¹⁰⁰³ Hij kan hiermee stoornissen in zijn civiel bezit afweren. Tenslotte kent het Ontwerp het *mandament van inmissie* ter opeising van een nalatenschap: een ‘regtsvordering uit erfgenaamsregt’.¹⁰⁰⁴

4.3.3 *Nalatenschappen: aanvaarding in plaats van saisine*

Met het opnemen van het *mandament van inmissie* koos het Ontwerp een andere grondslag dan de *Code civil*. Dat kent het *saisine*-beginsel: de dode stelt de levende *van rechtswege* in het bezit, *le mort saisit le vif*.¹⁰⁰⁵ Het laat zich raden hoe de Belgische commissie over deze andere grondslag dacht: zij gaf de voorkeur aan de regel van de *Code civil*, zoals blijkt uit haar rapport aan de Koning.¹⁰⁰⁶ De commissie richtte haar pijlen in de eerste plaats op een aantal artikelen in de titel over de legaten.¹⁰⁰⁷ Deze artikelen deden duidelijk uitkomen dat men in het wetsontwerp gelegateerde goederen niet van rechtswege verkreeg, maar dat het ontwerp daarvoor een *levering* vereiste.¹⁰⁰⁸ De commissie rapporteerde het volgende:

¹⁰⁰³ Art. 1174 Ontwerp 1820 bepaalt: Een ander voorrecht van den bezitter boven den houder bestaat daarin, dat de eerste, ook zonder onderscheid van goede of kwade trouw, mits hij slechts een vol jaar bezitter is geweest zij (en zulks ten aanzien van dengene, die hem in dat bezit stoort, noch door geweld, noch ter sluiks noch ter bede) binnen 's jaars tegen den verstoorder den possessoiren eisch tot maintenu heeft, zoo als die bij de wet op de manier van procederen in civiele zaken, breeder omschreven is. Deze tekst komt nagenoeg overeen met art. 1302 Ontwerp 1816.

¹⁰⁰⁴ Zie hierboven mijn noot 690 en ook art. 1555 en 1559 Ontwerp 1820:
Art. 1555 luidt: Regt van erfgenaamschap is dat reële regt, waardoor erfgenamen regtsvordering verkrijgen, tegen allen, die of als vermeende erfgenamen zich in het bezit eener geheele of gedeeltelijke erfenis bevinden, of ook bloote houders van eene geheele of gedeeltelijke erfenis zijn.
Art. 1559 luidt: De bevoegdheid tot deze regtsvordering komt toe aan allen, die kunnen bewijzen, op eene der in de volgende afdeeling vermelde wijzen, erfgenaamsregt op de erfenis bekomen te hebben.

¹⁰⁰⁵ Zie hierboven p. 199 en ook mijn noot 439.

¹⁰⁰⁶ Voorduin I, 1, p. 157: ‘(...) de Belgische commissie had de voorkeur gegeven aan het beginsel, bij de Fransche wet aangenomen, *le mort saisit le vif*.’

¹⁰⁰⁷ Een en twintigste Titel *Van Legaten*, Derde Afdeeling: *Van de voldoening der legaten en het regt van den legataris*. De kritiek betrof met name artikelen 2181 tot en met 2185 van het Ontwerp 1816.

¹⁰⁰⁸ Zie in dit verband ook de artt. 2186 en 2187 Ontwerp 1816, waarnaar de commissie in het citaat in de hoofdtekst verwijst.

Art. 2186 Ontwerp 1816 luidt: Het bezit zelve kan echter door den leataris niet op eigen gezag aanvaard, maar moet hem overgegeven worden.

Art. 2187 Ontwerp 1816 luidt: In alle andere legaten gaat ook de eigendom, ander reëel regt, over door de levering.

Wij geloven dat het zinvol zal zijn om te volgen, op het gebied van *saisine*, de voorschriften van de artikelen 724,¹⁰⁰⁹ 1004 en volgende van het burgerlijk wetboek [de Code civil, *HHR*], om te gelasten, aldus wijzigende de vijf artikelen waarmee wij ons nu bezighouden: dat op het moment waarop de nalatenschap zich opent, het patrimonium van de overledene van rechtswege overgaat op zijn erfgenamen, of op zijn testamentaire legataris indien er geen enkele erfgenaam bestaat die recht heeft op een reserve: om op deze wijze in te voeren de regel: *le mort saisit le vif*, en deze ook toe te passen op de ingestelde erfgenaam of op de testamentaire legataris.

Dit voorschrift, overeenkomend met onze oude gebruiken, geeft aan de eigendom een eeuwigdurende aard waarmee verhinderd wordt dat het onzeker blijft, en het dicht de onderbreking die het overlijden zou kunnen laten.

Indien onze kritiek wordt aanvaard, zal het nodig zijn het toe te passen op de artikelen die voorafgaan of die volgen en die betrekking hebben op het dezelfde gebied, in het bijzonder op het artikel 2187.¹⁰¹⁰

De commissie herhaalde haar wens voor de invoering van de *saisine*-regel bij het voorschrift dat bepaalde dat een erfenis niet van rechtswege toeviel aan de erfgenaam, maar daarvoor *aanvaarding* eiste.¹⁰¹¹ Die wens werd niet door Kemper ingewilligd.¹⁰¹²

¹⁰⁰⁹ Zie voor de tekst van dit voorschrift mijn noot 740.

¹⁰¹⁰ ‘Nous croyons qu’il seroit utile de suivre, en matière de *saisine*, les dispositions des articles 724, 1004 et suivans du code civil, de statuer, en modifiant les cinq articles donc nous nous occupons: qu’au moment où la succession s’ouvre, le patrimoine du défunt passe de plain droit à ses héritiers, ou à son légataire universel s’il n’existe aucun héritier ayant droit à une réserve: d’adopter enfin la règle: *le mort saisit le vif*, en l’appliquant aussi à l’héritier institué ou au légataire universel.

Cette disposition, conforme à nos anciens usages, donne à la propriété un caractère de perpétuité qui l’empêche de rester en suspens, et comble l’intervalle que le décès pourroit laisser.

Si notre observation est actueellie, il faudra en faire l’application aux articles qui précédent ou qui suivent et qui concernant la même matière, et particulièrement à l’article 2187.’ *Rapport fait à Sa Majesté le Roi, par la Commission chargée de la révision du projet de Code Civil, Deuxième Partie: Observations particulières sur chaque titre du projet de code civil*, opmerkingen bij de artikelen 2181-2185 Ontwerp 1816 (p. 95). NL-HaNA, Kemper/Cras 2.21.098, inv. nr. 24. Zie ook mijn noot 996.

¹⁰¹¹ Art. 2277 Ontwerp 1816 uit de Vijf en twintigste titel *Van het aanvaarden of verwerpen eener erfenis* luidt: Alle erfenissen, zonder onderscheid, worden verkregen door aanvaarding. Hierop tekende de commissie aan: ‘D’après les observations que nous avons faites à l’art. 2181, sur la règle: *Le mort saisit le vif*, la disposition du présent article doit être retrauchée ou changée.’

¹⁰¹² Art. 1984 Ontwerp 1820 luidt: Alle erfenissen, zonder onderscheid, worden verkregen door aanvaarding.

4.4 De omwerking van het Ontwerp 1820 tot het OBW

De Tweede Kamer heeft het Ontwerp 1820 niet in zijn oorspronkelijke redactie aangenomen. Ook na het bevel van Koning Willem I aan de Raad van State om het Ontwerp 1816 als grondslag voor de beraadslagingen te nemen, gaven de zuidelijke Nederlanden hun wens niet op om de *Code civil* als grondslag voor het nieuwe burgerlijk wetboek te nemen.¹⁰¹³

Toen begin 1821 de besprekingen van het Ontwerp 1820 in de Tweede Kamer aanvingen, bleek dat een meerderheid van de kamerleden net als de Belgische commissie de voorkeur gaf aan een aanpassing van de *Code civil*.¹⁰¹⁴ In reactie daarop diende Kemper zijn ontslag in bij de Koning, maar die weigerde het te aanvaarden.¹⁰¹⁵ De regering heeft toen de voorschriften van het Ontwerp 1820 prijsgegeven en bij Koninklijk Besluit van 28 April 1821, N^o. 72, een Commissie van Redactie (CvR) in het leven geroepen die belast werd met het opstellen van de ontwerpen ‘welke opvolgelijk, en naar aanleiding van de beraadslagingen van de tweede kamer over het Ontwerp van 1820, aan H. Edelmogende Heeren zouden worden ingediend.’¹⁰¹⁶ Kemper was een van de zeven leden van deze commissie, maar het overgrote deel van de commissieleden bestond uit gematigde tegenstanders van het Ontwerp 1820 uit de Zuidelijke Nederlanden.¹⁰¹⁷ Al spoedig namen deze Belgische leden de leiding geheel in handen.¹⁰¹⁸

¹⁰¹³ Voorduin I, 1 p. 175-176.

¹⁰¹⁴ Voorduin I, 1, p. 250: ‘Uit den loop der discussiën, in committé-generaal gehouden, en de aanmerkingen der afdeelingen van de tweede kamer op dit gedeelte des ontwerps, bleek ten duidelijkste, dat het meerendeel der leden van de tweede kamer der staten-generaal, bij al de hulde welke men aan de kunde der opstellers des ontwerps toebragt, eene herziening van den code voor verkieslijk hield. Het tweede verslag der centrale afdeeling, waarin de kamer hare wenschen te kennen gaf, nopens datgene wat eene algemene inleiding zoude bevatten, drukte bijna met zoo vele woorden het verlangen uit, om, in plaats der drie en zeventig voorgedragene artikelen, met eenige wijziging, de zes eerste artikelen van den code te zien voorgesteld.’

¹⁰¹⁵ Voorduin I, 1, p. 251. Zie t.a.p. ook Noordziek 1871, p. 129, noot 2.

¹⁰¹⁶ Voorduin I, 1 p. 278.

¹⁰¹⁷ Meijers 1935, p. VI-VII: ‘De Commissie van Redactie bestond uit 7 leden. Twee daarvan waren lid van de Raad van State, te weten J.H. MOLLERUS en A.G. RAOUX; het waren de twee leden die bij de behandeling van het ontwerp KEMPER in de Raad van State het meest werkzame deel aan de beraadslagingen hadden genomen. De overige 5 leden waren allen lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het waren A.C. MEMBRÈDE, de toenmalige voorzitter van de Kamer, en verder J.M. KEMPER, J.F. GENDEBIEN, J. VAN CROMBRUGGHE en P.F. NICOLAÏ. Bovendien werden aan de commissie ter assistentie toegevoegd twee referendarissen: C. ASSER en A.P.A. LAUBRY. Van de 7 leden van de commissie waren alzoo 5 uit de Zuidelijke Nederlanden. Daarbij kwam nog, dat van de twee Noord-Nederlandse leden het ene lid MOLLERUS oud van jaren was en door vele andere werkzaamheden weinig tijd voor de arbeid van de commissie kon

4.4.1 Een 'Babylonische' bezitstitel

De Commissie van Redactie zou inhoudelijk het Ontwerp 1820 terzijde schuiven, maar het geraamte ervan, de indeling van de stof, zou de basis blijven vormen voor het latere Burgerlijk Wetboek.¹⁰¹⁹ Echter, de oorspronkelijke tekst van de ontwerpen van alle titels van de Commissie van Redactie is de Franse taal, niet het Nederlands.¹⁰²⁰ De handhaving van het geraamte van Kemper en de invulling daarvan met nieuwe, in het Frans opgestelde, voorschriften stichtte verwarring in de bezitstitel. Zo bleef in de Nederlandse vertaling Kempers opschrift *Van bezitregt* gehandhaafd, terwijl de ontwerptekst van de Commissie van Redactie sprak 'van het bezit', *De la possession*.¹⁰²¹ Hetzelfde geldt voor de tweede afdeling van deze titel: zij luidde in het Nederlands: 'Van de wijze, waarop het *beziert* [cursivering, *HHR*] wordt verkregen, en behouden en verloren gaat', maar in het Frans: 'Van de wijzen waarop men het bezit verkrijgt, behoudt en verliest', *Des manières dont s'acquiert, se conserve et se perd la possession*.

beschikbaar stellen, redenen waarom hij reeds na een jaar ontslag verzocht. Het andere lid KEMPER was, hoe groot ook zijn bekwaamheden en zijn activiteit waren, geen strijd-lustige natuur.' Zie ook: Noordziek 1871, p. 123 en ook p. 125 (vervanging MOLLERUS door TAMMO SYPKENS).

¹⁰¹⁸ Meijers 1935, p. VII.

¹⁰¹⁹ Van Kan 1938, p. 249 e.v.; Middelberg 1953, p. 117: 'Dit is de reden, dat titels, als die over bezit, opstal, erfpacht, grondrenten en tienden, beklemming en zedelijke lichamen wél in het BW van 1830 voorkomen, terwijl zij ontbreken in de Cc, die – in de vertaling van J. van der Linden – uitgangspunt voor dit wetboek was.' Vgl. Meijers 1935, p. VII: 'Wat de werkwijze van de Commissie van Redactie betreft, zo moet vooropgesteld worden, dat formeel het ontwerp 1820 nimmer ingetrokken is. De Koninklijke Besluiten van 28 April 1821 en 18 Januari 1822 gingen er van uit, dat het ontwerp 1820 aanhangig bleef; echter zou naar aanleiding van de discussies in de Tweede Kamer de Commissie van Redactie een nieuwe tekst voor iedere opvolgende titel redigeren.' Zie ook Voorduin 1837 (I,1), p. 494.

¹⁰²⁰ Kappeyne van de Copello 1870, p. 352; Meijers 1935, p. IX. Gratama 1851, p. 285 (noot) vermeldt een passage in een helaas niet nader aangeduide Staatscourant: 'Vooral springt dit in het oog [het feit dat ons Wetboek slechts de bezitsvorderingen kent die bekend staan als *réintégrande* en de *maintenue*, *HHR* – zie hieronder, p. 281] bij vergelijking van den Franschen tekst van het Wetboek 1830. En groot moet het gezag van dien tekst zijn bij wetten, uitgegaan van eene vergadering, waarin eens, volgens 't officieel verslag in de *Staatscourant*, gezegd werd, dat men zich zou schamen, zoo men ooit een woord Hollandsch leerde spreken of verstaan.'

¹⁰²¹ Meijers 1935, p. 31. Noordziek 1871, p. 137 vermeldt dat de vertaling verzorgd was door referendaris C. Asser en dat diens eigenhandig opstel zich bevindt in het archief van het Ministerie van Justitie. Zij werd in juli 1823 aan een herziening van de gehele Commissie van Redactie onderworpen: zie voor het overzicht van de wijzigingen p. 151 e.v. Zie voor wijzigingen aangebracht in de teksten door de Minister van Justitie Noordziek 1871, p. 155 e.v. Zie tenslotte voor wijzigingen aangebracht in de officiële uitgave van de Nederlandse en Franse teksten in het BW 1830, Noordziek 1871, p. 161 e.v.

Over het slordige gebruik van de begrippen *bezitregt* en *bezit* beklagde zich in 1823 reeds het Tweede Kamerlid Daam Fockema.¹⁰²² In 1828 uitte ook Van Hall zijn bedenkingen, in zijn *Dertig vragen omtrent Bezit en bezit-regt, volgens het nieuwe Nederlandsche Burgerlijk Wetboek*.¹⁰²³ Het gegeven dat de voorschriften van de bezitstitel oorspronkelijk in het Frans zijn opgesteld moet steeds voor ogen gehouden worden: de Nederlandse vertalingen zijn niet altijd zorgvuldig uitgewerkt.¹⁰²⁴ Dit gegeven is vooral van belang bij de hierna nog te behandelen vraag hoeveel bezitsacties het BW 1838 kent (§ 4.4.6). Wie zin en achtergrond van deze voorschriften wenst te achterhalen doet er verstandig aan om als uitgangspunt de Franse teksten te nemen.¹⁰²⁵

¹⁰²² Het betrof art. 10: Degenen, die het gebruik van hun verstand niet magtig zijn, kunnen door henzelfden geen bezit verkrijgen.

Een minderjarig persoon, die zijne zinnen magtig is, of een vrouw, onder de magt van haren man staande, kunnen, door de daad het bezit verkrijgen.

Noordziek 1875 (II), p. 286 vermeldt bij het 1ste procesverbaal van afdeling V (Tit. 1-XVII van Boek II) over dit artikel: ‘Art. 10. De Afdeling (volgens het gevoelen van den heer DAAM FOCKEMA) verstaat door: *besit*, in dit en de volgende ARTIKELS dezer afdeling, *besitregt*: zij stelt voor die uitdrukking tot meerdere duidelijkheid over te nemen, en voor de Fransche redactie het: *fait*, van het: *droit de possession* ook te onderscheiden op eenige gepaste wijze, (...)’

¹⁰²³ Van Hall 1828, p. 121: ‘Na deze algemene beschouwing zal het ieder, die deze titel begint te lezen, dadelijk in het oog vallen, hoe ongelukkig onze Wetgevers in het gebruik van hun woorden geweest zijn: en bij een weinig nadenken slechts zal men gevoelen, dat niet alleen hun onnauwkeurigheid daaromtrent het Wetboek wezenlijk ontsiert, maar dat die ook tot allerlei soort van misverstand der Wet aanleiding zal kunnen geven. Volgens het opschrift handelt deze titel over *besitregt*, hetgeen volgens onze wet, blijkens het laatste artikel van den voorgaande titel, overeenkomstig de leer van enige vooral oude, regtsgeleerden, tegen het begrip van de meeste anderen, en onder deze vooral van VON SAVIGNY weer onder *de Jura in Re* gerangschikt is geworden, en in het aangehaalde artikel niet onaardig tussen het *regt van eigendom* en *dat van erfgenaamschap* prijkt. Men heeft ondertussen met zo weinig nauwkeurigheid de terminologie behandeld, dat het door de gehele titel blijkbaar is, dat men het woord *besitregt* in een en dezelfde betekenis met dat van *besit* gebruikt.’

¹⁰²⁴ Hierover beklagde zich ook de Koning: “dat de zamenstelling der voormelde titels in de landtaal hier en daar nog kenmerken dezer vertaling draagt, welke het wenschelijk zijn zoude te doen verdwijnen.” Noordziek 1824/1825 (II), p. 3, geciteerd naar Meijers 1935, p. IX. Zie Meijers’ verwijzingen naar Noordziek 1824/1825 (II), p. 66 e.v. Zie ook het citaat van Gratama in mijn noot 1020.

¹⁰²⁵ Zo reeds Kappeyne van de Copello 1870, p. 352; Noordziek 1871, p. 128: ‘Uit de in de archieven van het Kabinet des Konings en het Departement van Justitie bewaarde bescheiden blijkt ten duidelijkste, dat ieder dezer Titels eerst in het Fransch opgesteld, en daarna door de Commissie in die taal vastgestelde tekst in het Hollandsch overgezet werd.’ Vgl. Noordziek 1871, p. 121-122. Vgl. Meijers 1935, p. IX. Zie ook het voorbeeld van de bezitsdefinitie in mijn noot 1044.

4.4.2 *De werkwijze: de vraagpuntenprocedure*

De Commissie van Redactie heeft voor wat betreft haar werkwijze niet gekozen voor een artikelsgewijze waardering van de voorschriften van het Ontwerp 1820. In plaats daarvan koos ze voor een aanpak met zogeheten ‘vraagpunten van stellig recht’: voorafgaand aan het opstellen van de ontwerpvoorschriften stelde ze een aantal vragen over de aan te houden hoofdlijnen aan de Kamer en deze maakte vervolgens in haar antwoord haar wensen kenbaar.¹⁰²⁶ De commissie bracht deze wensen daarna over aan de regering en werkte vervolgens haar voorstellen voor de afzonderlijke voorschriften uit.¹⁰²⁷ Ik haal hieronder het officieel schrijven aan, de *missive*, waarmee enige vraagpunten voor Boek II aan de Kamer werden voorgelegd. Zij luidt als volgt:

De Commissie van Redactie van het Burgerlijk Wetboek, benoemd bij Zijner Majesteits besluit van 28 April 1821, no. 72, heeft de eer, naar aanleiding van artikel 4 van 's Konings nader besluit van 11 [lees: 18, *HHR*] Januarij II., no. 23,¹⁰²⁸ aan u Hoog Edel Gestr. bij deze officieuselijk te doen toekomen een aantal punten van stellige wetgeving loopende over het IIde Boek van het concept Burgerlijk Wetboek, ten einde, nadat die punten bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in comité-generaal zullen zijn onderzocht en aanvankelijk ter conclusie gebragt, daarentrent de wenschen der Kamer aan den Koning kunnen worden medegedeeld.¹⁰²⁹

4.4.3 *De ‘vercodecivilisering’ van het Ontwerp 1820*

De antwoorden van de Tweede Kamer op de vraagpunten verschaften de Commissie van Redactie de rechtvaardiging naar de Koning voor het omwerken en vercodeciviliseren van het Ontwerp 1820. Die ging er immers nog van uit dat

¹⁰²⁶ Deze werkwijze was niet nieuw: ze was in 1818 ook al gebruikt bij de behandeling van het Ontwerp 1816 in de Raad van State, zie Voorduin I,1, p. 134 e.v. Zie verder Noordziek 1871, p. 124. Zie over het voorstel om over te gaan op het systeem van vraagpunten van stellig recht, Voorduin I,1, p. 300 e.v.

¹⁰²⁷ Zie hierover ook Voorduin I,1, p. 494-495.

¹⁰²⁸ Dit besluit is opgenomen in Voorduin I,1, p. 305-306. Deze geeft als datum van het besluit echter 18 Januarij. Art. 4 luidt: ‘Zij [de Commissie van Redactie, *HHR*] wordt bepaaldelijk door Ons bij deze gemagtigd, om die punten, loopende over één’ of meer titels, van tijd tot tijd, en met inachtneming van gepasten spoed, aan den president dier kamer officieuselijk mede te deelen, ten einde door de kamer te kunnen worden onderzocht, en in committé-generaal tot aanvankelijke conclusie te kunnen worden gebragt.’ Zie over de datering van het Koninklijk Besluit ook Noordziek 1871, p. 124, die daar eveneens de datum van 18 Januarij 1822 noemt.

¹⁰²⁹ Noordziek 1873 (II) p. 321. Noordziek vermeldt (p. 320) dat de beraadslaging van de Kamer over de vraagpunten plaatsvond in geheime zittingen van 7 Februari tot 31 maart 1823.

het Ontwerp 1820 herzien zou worden, maar de Tweede Kamer toonde zich in de meeste gevallen voorstander van de terugkeer naar de Franse *Code civil*.¹⁰³⁰

4.4.4 De vraagpuntenprocedure en de bezittitel

Voor de bezitsregeling zijn met name twee vraagpunten van belang. Het eerste vraagpunt is nummer 7, dat luidde:

Zal bij eenen bijzonderen Titel over *het bezit* worden gehandeld? En zoo ja, zal men de regelen en onderscheidingen vermelden tusschen het *burgerlijk* en *natuurlijk* bezit?¹⁰³¹

De eerste zin stelt de vraag aan de orde naar de noodzakelijkheid van een bezittitel in het Burgerlijk Wetboek. De tweede zin lijkt op het eerste gezicht simpel: dient de titel onderscheid te maken tussen de bezitter en de natuurlijk bezitter: de bloot-houder of detentor? Zo lijkt de vraag in ieder geval te zijn opgevat door de Tweede Kamer.¹⁰³² En ook Noordziek en Voorduin vermelden dat de vraag werd gesteld naar aanleiding van de tegenstelling tussen bezitter en houder, zoals die te vinden was in het Ontwerp 1820.¹⁰³³ Men treft daarin in de titel *Van Bezitregt* het volgende voorschrift aan:

Art. 1105 Ontwerp 1820. Deze regten en pligten zelven zijn echter onderscheiden, naar gelang het bezit een natuurlijk of burgerlijk bezit zij.

¹⁰³⁰ Voorduin I,1, p. 264: 'De slotsom van hetgeen de tweede kamer in de plaats van het ontwerp 1820, verlangde gesteld te zien, was in de meeste opzigten de begeerte, om dáár, waar dat ontwerp van de bepalingen des Franschen wetboeks was afgeweken, tot dezelve terug te keeren.' Zie ook p. 296.

¹⁰³¹ Noordziek 1873 (II), p. 325.

¹⁰³² Noordziek 1873 (I), p. 65-66 vermeldt dat Daam Fockema in comité-generaal de volgende opmerkingen maakte: 'Ja, in beide gevallen omdat, wegens het genot van vruchten en verjaringen, daaruit onderscheiden wijzigingen in de wet moeten worden gemaakt en het onderscheid van bezit den grondslag uitmaakt van verschillende wettelijke bepalingen.' Ook opmerkingen van Van Asch van Wijck wijzen erop dat hij de vraag beziet vanuit de tegenstelling detentor, die, wanneer hij in zijn uitoefening van de feitelijke macht over een zaak gestoord wordt, verbintenisrechtelijk moet ageren en de bezitter, die een zakelijke bezitsactie tegen een ieder heeft: "Le premier ne s'étend point au delà des parties contractantes, tandis que l'autre agit contre toute personne, qui se trouve en quelque rapport avec la chose elle-même."

¹⁰³³ Noordziek 1871, p. 126: 'Onder die vragen luidde de *zevende*, aldus: (...) Zij was gesteld met het oog op Titel VI (artt. 1103-1180) van Boek II van het ontwerp van Burgerlijk Wetboek in 1820 voorgedragen, handelende over het *bezitregt* in drie afdelingen (...)'; zie ook Noordziek 1873 (II), p. 324. Voorduin 1838 (III), p. 346: 'I. Naar aanleiding van art. 1103 van het ontwerp van 1820 en art. 228 en volg., C. Civ. Werd bij het zevende vraagpunt van stellige wetgeving gezegd: (...)'

Het natuurlijk bezit bestaat alleen in een dadelijk houden zonder bedoeling van eigendom; het bezit wordt burgerlijk genoemd, wanneer het houden der zaak gepaard gaat met de bedoeling, om daarvan eigenaar te zijn.

Maar de verwarring sloeg opnieuw toe. De Commissie van Redactie had niet het oog op dèze tegenstelling, maar die tussen *possession civile* en *possession purement naturelle*, zoals uiteengezet door Pothier.¹⁰³⁴ Dat blijkt uit haar eerste, overigens niet in de eindredactie opgenomen, voorschrift (art. 4) met de omschrijvingen van wat aangeduid wordt als *possession purement naturelle*.¹⁰³⁵ Die omschrijvingen zijn ontleend aan Pothiers uiteenzettingen over deze bezitsvorm in 'Over verschillende bezitsvormen', *Des différentes espèces de possession*.¹⁰³⁶ En 'natuurlijk bezit' is volgens Pothier wel degelijk een bezitsvorm, anders dan bloot-houderschap, *mera custodia*.¹⁰³⁷ De aanvankelijke overname van Pothiers 'natuurlijk bezit' door de Commissie van Redactie toont de grote invloed die Pothiers *Traité* op de totstandkoming van de bezittitel van het OBW heeft uitgeoefend.

De Tweede Kamer heeft in haar antwoord op het tweede deel van het vraagpunt nagelaten duidelijke instructies aan de Commissie van Redactie te geven en verschaft haar aldus de nodige vrijheid van handelen.

Het Centraal Verslag heeft vermeld, dat vier Afdeelingen onbepaald: *ja*, twee andere slechts met betrekking tot het eerste lid der vraag, in gelijken zin geantwoord hebben.¹⁰³⁸

Minister van Justitie Van Maanen schaarde zich achter de wens van de Kamer, zoals blijkt uit zijn brief van 3 april 1823 aan de Koning.

Vraagpunt 7. Met geen minder genoegen zal Zijne Majesteit zijn ontwaar geworden, dat de Kamer *zonder tegenspraak* heeft verlangd, dat bij éénen *Titel* des

¹⁰³⁴ Zie hierboven par. 1.1 en m.n. mijn noot 742.

¹⁰³⁵ Zie Meijers 1935, p. 24 of Noordziek 1871, p. 130 voor art. 2 & 4 van titre 2, section I.

Art. 2 luidde: La possession consiste dans le fait bien plus que dans le droit.

Elle est civile ou purement naturelle [cursivering, HHR]. (...)

Art. 4 luidde: La possession purement naturelle est:

1°. Celle qui est destituée de tout titre et qui ne consiste que dans le simple fait de la detention actuelle de la chose.

2°. Celle qui résulte d'un titre translatif de propriété, mais dont le possesseur connaît le vice.

3°. Celle qui procède d'un titre nul de plain droit.

4°. Celle qui est la suite d'un titre valable, mais non translatif de propriété.

¹⁰³⁶ Pothier/Hutteau 1807, p. 8. Zie hierboven, p. 202.

¹⁰³⁷ Zie hierboven mijn noot 751. Dit ontging kennelijk Middelberg 1953, p. 140-141.

¹⁰³⁸ Noordziek 1873 (I), p. 65.

wetboeken over het *bezitregt* worde gehandeld, en daardoor aangevuld die onbegrijpelijke gaping des Franschen regts, opzigtelijk eene stoffe, welke vooral in een land, waarin zoo vele grondrijksdommen bestaan, als hoogstbelangrijk moet worden beschouwd¹⁰³⁹; – eene gaping welke, zelfs door de blindste aanklevers der Fransche wetgeving, hoogelijk is gelaakt, en onder anderen op eene voortreffelijke wijze is behandeld door den heer HENRION DE PANSEY, een der Kamer-Presidenten, welke in zijn schoon traktaat over de: *Vredegerigten*, op dat stuk, alleen zijne toevlugt heeft genomen tot het Romeinsche regt bij gebrek aan stellige wetsbepalingen; welk Romeinsch regt steeds nog over het bezitrecht, interdicten, verbod om nieuwe werken aan te leggen en dergelijke stoffen, door den regter moet beslist worden.¹⁰⁴⁰ Alleen toch bij den Titel der: *verjaringen*, en bij de twee artikelen van het regt van *accessie* (Art. 459 en 550) vindt men in het Fransche Wetboek eenige weinige en onbeduidende bepalingen opzigtelijk: het *bezit*; doch men heeft uit het oog verloren, dat de: *verjaring*, en het: *bezitregt*, twee van elkander zeer verschillende materien zijn; dat de *verjaring*, slechts een middel is om te: *behouden*, en de *usucapio*, om te *verkrijgen*, en dat eindelijk uit het bezit regten en verpligtingen worden gebooren, welke in geene aanraking staan met de verjaring, en door den wetgever duidelijk behooren omschreven te worden. – Zijne Majesteit zoude derhalve zich met welgevallen met den wensch der Kamer kunnen vereenigen.¹⁰⁴¹

Ook de Koning gaf geen specifieke aanwijzingen aan de Commissie van Redactie.¹⁰⁴²

¹⁰³⁹ Zie naar aanleiding van dit argument de opmerkingen van de heer van Asch van Wijk naar aanleiding van de bespreking van het zevende vraagpunt van stellig recht in de zitting van de Tweede Kamer op maandag 10 februari 1823, Noordziek 1873 (I), p. 66-68.

¹⁰⁴⁰ De Pansey 1822, p. 350 e.v. Zie bijv. p. 356: ‘Quand même il seroit vrai, comme nous le dirons dans le chapitre suivante, qu’il est à présumer que nous n’avons pas emprunté des Romains l’idée des complaints possessoires, il n’en seroit pas moins essentiel de connoître leurs lois à cet égard, parqu’il faudroit toujours convenir que nous leurs devons des règles organiques de cette partie de la jurisprudence françoise.’

¹⁰⁴¹ Noordziek 1873 (II), p. 421/423/426 [PRO-MEMORIA *opzigtelijk* de vraagpunten van stellige wetgeving *des Ilden Boeks van het Burgerlijk Wetboek*].

¹⁰⁴² Art. 5 van het hierboven in noot 1028 aangehaalde Koninklijk Besluit van 18 Januarij 1822, no. 23, verleende de Koning wel deze bevoegdheid: Wij behouden Ons voor, om, na bekome kennis van den wensch der kamer, ten aanzien van de punten van wetgeving, waarover zij zal hebben geraadpleegd, aan de Commissie van Redactie Ons goedvinden kenbaar te maken, opzigtelijk de bepalingen en regtsbeginselen, welke door haar zullen moeten in acht genomen en gevolgd worden in de nieuwe redactie der titels, welke zij Ons successivelijk zal aanbieden. Voorduin I,1, p. 306. De Koning heeft hiervan geen gebruik gemaakt, maar zich beperkt tot het geven van een algemene richtlijn, zoals blijkt uit Noordziek 1871, p. 128: ‘Blijkens eene missive door den Secretaris van Staat DE MEY VAN STREEFKERK, den 8sten April aan de Commissie van Redactie gezonden, is deze bekend gemaakt met den wensch des Konings: “dat, bij het ontwerpen der nieuwe Titels, zoo veel de aard der zaak dit zou toelaten, het oorspronkelijk ingeleverd ontwerp niet uit het oog zou worden verloren.”’

Uitsluiting van de ‘natuurlijk bezitter’

De Commissie van Redactie lijkt onzeker te zijn geweest wat nu aan te vangen met het ‘zuiver natuurlijk bezit’. Haar eerste ontwerp van de bezitstitel noemt het nog in twee voorschriften, maar die hebben de eindredactie niet gehaald.¹⁰⁴³ Ten gevolge van deze eliminatie kent de bezitstitel van de eindredactie slechts de omschrijving van burgerlijk bezit, *possession civile*.¹⁰⁴⁴

Aanvaarding van de stelregel ‘le mort saisit le vif’

Voor de bezitsregeling is nog een tweede vraagpunt van belang. Het luidde:

23. Zal men eenvoudig het beginsel aannemen: *dat de levende dadelijk in de plaats van den overledene treedt, (le mort saisit le vif)?* Of zal men den middenweg kiezen, welke bij art. 1998 van het Ontwerp is gevolgd?¹⁰⁴⁵

Dit vraagpunt ziet op het erfrecht en de beantwoording ervan heeft bredere consequenties dan voor het bezit alleen: op de keper beschouwd komt het neer op de vraag of men de erfopvolging bij versterf, *ab intestato*, als regel beschouwd of de erfopvolging bij uiterste wil, *ex testamento*.¹⁰⁴⁶ Dat vraagstuk valt buiten het bestek van mijn onderzoek. Maar wanneer ik mijn onderzoek beperk tot de toepassing van het beginsel op het bezit van de erflater, dan zien we dat de Kamer voor de keus gesteld wordt of zij ten aanzien van de verkrijging van het bezit van een erflater de *saisine*-rechtelijke regel van verkrijging van rechtswege wenst of de regel van inbezitstelling door een *mandament van inmissie*.¹⁰⁴⁷ In het eerste geval valt het bezit te beschouwen als *gewere* en kan men het, in de termen van het huidige recht, beschouwen als een subjectief recht; in het tweede geval valt het bezit te beschouwen als de *possessio* van het

¹⁰⁴³ Ik heb de voorschriften opgenomen in mijn noot 1035.

¹⁰⁴⁴ Vgl. de definitieve bezitsomschrijving van art. 1 van de bezitstitel: La possession est la détention ou la jouissance d’une chose que nous tenons comme propriétaire en notre puissance, ou par nous mêmes, ou par un autre et comme à nous appartenante. Meijers 1935, p. 31. Meijers wijst erop dat een finale redactiewijziging van dit in de Franse taal gestelde voorschrift niet in de Nederlandse vertaling terug te vinden is. Zie voor de bezitsdefinitie in het Franse wetboek art. 2228 Cc (hierboven geciteerd in noot 937). Zie ook (t.a.v. het BW 1838) Vuye 1995, p. 152.

¹⁰⁴⁵ Noordziek 1873 (II), p. 335.

¹⁰⁴⁶ Noordziek 1873 (II), p. 334 vermeldt dat bij dit vraagpunt gewezen werd op de artt. 1155, 1984 en 1998 van het Ontwerp 1820 en art. 724 van het Burgerlijk Wetboek (lees: *Code civil*). Zie ook Zwolve 1995.

¹⁰⁴⁷ Zie hierboven, p. 268.

Romeinse recht, waarvoor een feitelijke inbezitsstelling vereist is.¹⁰⁴⁸ Voor een regeling van bezitsbescherming is het vanzelfsprekend van belang voor welke van de uiteenlopende zienswijzen men kiest. De Tweede Kamer kwam er aanvankelijk niet goed uit:

Twee Afdeelingen hebben: toestemmend, op het eerste lid der vraag, en eene andere, in gelijken zin, op het tweede geantwoord. In twee Afdeelingen waren de stemmen verdeeld. Eéne eindelijk liet de zaak aan de beslissing der Commissie van Redactie over.¹⁰⁴⁹

Noordziek vermeldt dat de vraag geherformuleerd werd naar aanleiding van de discussie in Comité-generaal: ‘*Zal het beginsel aangenomen worden, dat de levende dadelijk in de plaats van de overledene treedt?*’¹⁰⁵⁰

Deze vraag wordt door 46 leden: *toestemmend*, door 14: *ontkennend*, beantwoord.

De regering heeft deze wens van de Kamer, die een wijziging impliceerde van het Ontwerp 1820, maar moeilijk kunnen verkroppen. Dit blijkt uit de hierboven reeds aangehaalde brief van Minister van Justitie Van Maanen. Ik citeer slechts het einde van een lange uiteenzetting van de Minister over het bewuste vraagpunt.

Hoezeer de Minister het derhalve boven allen twijfel verkieselijk zoude achten, dat, met verwerping van den regel door den Franschen wetgever ten deze gevolgd, de Nederlandsche wetgeving op meer gezonde beginselen gebouwd werd, zoo ziet hij echter geene overwegende zwaarigheid, waarom ook niet, *uit inschikkelijkheid* [cursivering, *HHR*] wederom dienaangaande aan den wensch der Kamer zoude kunnen gehoor gegeven worden, mits de Commissie van Redactie door Zijne Majesteit gelast worde, om omtrent het aanvaarden van erfenissen, en de regten van universele testamentaire erfgenamen dezelfde bepalingen volgen, welke in het Fransche regt voorkomen, docht tevens die bepalingen als duidelijke uitzonderingen van den regel voor te stellen.¹⁰⁵¹

De eerste versie van de bezitstitel toont hoe grondig de Commissie van Redactie zich bewust was van de gevolgen van de aanneming van het *saisine*-beginsel voor het *bezit*. De commissie nam in de tweede sectie over verkrijging, behoud en

¹⁰⁴⁸ Zie hierboven p. 121, noot 439.

¹⁰⁴⁹ Noordziek 1873 (I), p. 94.

¹⁰⁵⁰ Noordziek 1873 (I), p. 96.

¹⁰⁵¹ Noordziek 1873 (II), p. 429. [uit: PRO-MEMORIA *opzigtelijk* de vraagpunten van stellige wetgeving *des Ilden Boeks van het Burgerlijk Wetboek*].

verlies van bezit, *Des manières dont on acquiert, conserve et perd la possession*, een artikel op dat luidde:

Art. 20. En vertu de la maxime: *le mort saisit le vif*, la possession de tout ce que le défunt possédait, passe, dès l'instant de sa mort, en la personne de ses héritiers. Cette possession est transmise avec toutes ses qualités et tous ces vices.¹⁰⁵²

De eerste zin, die de regel *le mort saisit le vif* bevatte, is in de definitieve Franse tekst van het Ontwerp geschrapt, voor het overige is de Franse tekst van het voorschrift ongewijzigd gebleven. De Nederlandse vertaling luidt in de eind-redactie:

Art. 12 (definitief). Het bezit van alles wat een overleden persoon heeft bezeten, gaat van het oogenblik van diens overlijden over tot zijne erfgenamen. Dit bezit wordt verkregen met al de hoedanigheden en al de gebreken van hetzelfde.¹⁰⁵³

Hiermee werd ten aanzien van erfopvolging de *gewere*-rechtelijke opvatting van bezitsverkrijging van rechtswege omarmd. Deze opvatting verhoudt zich slecht met de Romeinsrechtelijke stelregel dat men bezit verkrijgt door *corpus* en *animus*. Die laatste opvatting vond echter eveneens ingang in het ontwerp van de Commissie van Redactie, en wel als hoofdregel! De afdeling over bezitsverkrijging, -behoud en -verlies ving in haar definitieve vaststelling namelijk aan met het volgende voorschrift:

Art. 9 (definitief). La possession s'acquiert par le fait de l'appréhension de la chose, dans l'intention de la posséder.¹⁰⁵⁴

Mijns inziens staan de twee voorschriften op gespannen voet met elkaar.

4.4.5 *Pothier als uitgangspunt voor de bezittitel*

De vaststelling dat de Commissie van Redactie zich met uiteenlopende rechtssystemen geconfronteerd zag, leidt tot de vraag hoe de Commissie de ontwerp-bezittitel tot stand heeft gebracht. Wanneer we in aanmerking nemen dat de commissie:

¹⁰⁵² Noordziek 1871, p. 131; Meijers 1935, p. 26.

¹⁰⁵³ Meijers 1935, p. 33. Vergelijk art. 597 OBW: Het bezit van alles wat een overledene heeft bezeten gaat, van het oogenblik van zijn overlijden, over tot zijne erfgenamen, met alle hoedanigheden en gebreken van hetzelfde.

¹⁰⁵⁴ Meijers 1935, p. 32.

1. overwegend leden kende die zich kritisch opstelden ten opzichte van het Ontwerp Kemper 1820;
2. zich in deze opstelling gesteund voelden door de Tweede Kamer, die aangaf meer te zien in een herbewerking van de *Code civil*;
3. dat een bezitstitel echter in de *Code civil* ontbrak;
4. dat de commissie van de Kamer slechts summiere instructies ontving voor het ontwerpen van de bezitstitel;
5. dat hetzelfde gold voor instructies van regeringswege verstrekt;

dan rijst de vraag welke beginselen de commissie aan de bezitstitel ten grondslag heeft gelegd. Ik acht deze vraag bevredigend beantwoord door Kappeyne van de Copello. Deze schrijver publiceerde in 1870 in het Regtskundig Tijdschrift *Themis* een uitvoerig opstel: *Over den titel van bezit in het B.W.*¹⁰⁵⁵ Hij wijst daarin het Tweede Kamerlid Nicolaï aan als de opsteller van de bezitstitel.¹⁰⁵⁶ Nicolaï zou daarbij hebben kunnen putten uit de ervaringen van de driekoppige *Commission chargée de la révision du projet de Code Civil* uit de zuidelijke Nederlanden, waarin hij zitting had gehad.¹⁰⁵⁷

Kappeyne van de Copello neemt in zijn analyse als uitgangspunt de voorschriften van het zogeheten Ontwerp 1830. Dit ontwerp-wetboek bevat in de tweede titel van het Boek II, *Van bezitregt*, de bepalingen over bezit die in 1831

¹⁰⁵⁵ Kappeyne van de Coppello 1870. Vgl. voor het volgende: Vuye 1995, p. 151-152; Middelberg 1953 p. 108; p. 151-152; Hoffmann 1944, p. 52 e.v.; Meijers 1933, p. 103 e.v. Asser/Scholten 1933, p. 70 e.v.; Noordziek 1871, p. 121 e.v.; Van Boneval Faure 1877, p. V e.v.

¹⁰⁵⁶ Van de in mijn noot 1055 genoemde schrijvers geeft Meijers 1933, p. 114 noot 1 aan zeer te twijfelen of Nicolaï beschouwd moet worden als de ontwerper van de bezitstitel; Asser/Scholten 1933, p. 70 acht het bewezen. Zie ook noot 1063. Meijers' twijfel wordt veroorzaakt doordat uit zijn onderzoek naar de historische bijzonderheden omtrent bezitsacties duidelijk was gebleken 'dat art. 618 B.W. oorspronkelijk bedoeld is als een actie, die nauw verwant met de actie van art. 619 B.W. naast, niet onder de rechtsvordering van art. 606 B.W. zou staan en die in de artikelen 620 en vlg. haar eigen zelfstandige regeling zou vinden', en noteert: 'De toelichting van de heer NICOLAI in de Tweede Kamer geeft daarentegen wel de indruk alsof art. 618 niets dan een toepassing van art. 606 is. Ik twijfel zeer of de heer NICOLAI als de ontwerper van de titel moet beschouwd worden.' Meijers wordt hierin gevolgd door Hofmann 1944, p. 90, noot 1, die o.a. opmerkt: 'NICOLAI kan echter bezwaarlijk als de ontwerper onzer bezitstitel – althans van dit gedeelte daarvan [Derde afdeling: *Van de regten die uit het bezit voortvloeijen*, HHR] – worden beschouwd, daar hij in zijn redevoering over de bezitstel (zie VOORDUIN, IV, p. 366 e.v. blijkt geeft de verhouding van onze bezitsacties niet te begrijpen.' Zie in dit verband mijn noot 1082 en mijn weerlegging van Meijers' twijfel op p. 290. Zie verder Scholtens reactie op Hofmans opmerking, hieronder aangehaald in mijn noot 1125.

¹⁰⁵⁷ Zie hierboven, p. 263 en noot 986.

kracht van wet zouden moeten krijgen.¹⁰⁵⁸ Door deze voorschriften te plaatsen naast paragrafen uit Pothiers *Traité de la possession*, stelt Kappeyne van de Coppello buiten twijfel dat dat werk de hoofdbron voor de nieuwe bezittitel is geweest. Het zijn dus de beginselen, zoals uiteengezet door Pothier, die de bouwstenen leverden voor de titel. Ik wees al op het gegeven dat de Commissie van Redactie bij het tweede deel van vraagpunt nummer zeven kennelijk Pothiers indeling van ‘civiel bezit’ en ‘natuurlijk bezit’ tot uitgangspunt nam en niet de voorschriften uit het Ontwerp 1820. Dat is overigens weinig verrassend: het was immers inmiddels een uitgemaakte zaak dat het nieuwe Burgerlijk Wetboek een bewerking zou worden van de Franse *Code civil* en daarop heeft Pothier grote invloed uitgeoefend.¹⁰⁵⁹

4.4.6 Twee bezitsacties: *maintenue* en *réintégrande*

De uitwerking van de bezittitel door de Commissie van Redactie verdient naar mijn mening geen schoonheidsprijs. Pothier was al aan het schipperen om het inheemse en canonieke recht in te passen in een Romeinsrechtelijk keurslijf: ik vermeldde al dat hij *saisine* gelijkstelde aan *possessio*¹⁰⁶⁰ en dat hij de *réintégrande* denatureerde door haar aan te wijzen als tak van de *complainte* teneinde haar niet te hoeven toepassen op roerende zaken.¹⁰⁶¹ Het gebruik van het werk van deze schrijver voor de opbouw van de bezittitel van het ontwerp valt vanuit een leerstellig standpunt dus te betreuren.¹⁰⁶² Maar de Commissie en in haar kielzog de wetgever hebben verder onheil gesticht door ook nog eens te gaan schipperen tussen Pothier en voorschriften uit het inheemse recht: ze hebben Pothier namelijk niet steeds gevolgd, maar zijn op een aantal punten van hem afgeweken, in het bijzonder bij het regelen van de bezitsacties.¹⁰⁶³ Deze werkwijze verstoort de onderlinge samenhang tussen de voorschriften van de titel.

¹⁰⁵⁸ Lokin & Zwalve 2006, p. 304.

¹⁰⁵⁹ Vgl. hierboven mijn noot 938.

¹⁰⁶⁰ Zie hierboven p. 198.

¹⁰⁶¹ Zie hierboven p. 210.

¹⁰⁶² Vuye 1995, p. 120 meent dat de Franse wetgever van de *Code civil* destijds met opzet niet uit deze bron heeft geput: ‘Wie de “*Traité de la possession*” van Pothier doorneemt zal al gauw beseffen dat het bijzonder moeilijk, waarschijnlijk zelfs onmogelijk, was om hieruit een titel over het bezit te putten.’ Hierin volgt hij Van Oven 1958 (*WPNR* # 4537), p. 218: ‘Wie Pothiers *traité de la possession* doorleest, zal het ten volle beseffen en ’t kunnen begrijpen, dat de samenstellers van de Franse *Code* ervan afzagen, uit zijn boek een titel over bezit te putten.’

¹⁰⁶³ Vgl. Meijers 1933, p. 103: ‘Sinds KAPPEYNE is algemeen bekend, dat onze regeling van het bezit ontwikkeld is door een der Belgische leden der Commissie van Redactie, vermoedelijk NICOLAÏ, met als grond POTHIER’S *Traité de la possession*. Nochtans – en hierop is door NOORDZIEK [Noordziek 1871, *HHR*] reeds terecht gewezen – is deze

De verstoring uit zich met name in de verschillen tussen de twee bezitsacties die Nicolaï in zijn Toelichting benoemt: de *maintenue* en de *réintégrande*.¹⁰⁶⁴ Ik heb de passage waarin Nicolaï de twee acties benoemt met opzet in de voorgaande noot (1064) opgenomen, vooral naar aanleiding van Vuye's observatie 'dat men het er in Nederland nooit echt is over eens geraakt of het B.W. [1838, *HHR*] nu één (art. 606), twee (art. 606 en 618 of 606 en 619) dan wel drie bezitsvorderingen (art. 606, 618, 619) bevat'.¹⁰⁶⁵

Nicolaï benadrukt in zijn Toelichting vooral het belang van de *maintenue*: volgens hem is het nagenoeg de enige bezitsactie waarmee de rechtspraak bekend is.¹⁰⁶⁶ Inhoudelijk lijkt de actie geïnspireerd door Pothiers beschrijving van de *complainte* voor bezitshandhaving bij een geweldloze storing.¹⁰⁶⁷ Net als Pothier vergelijkt Nicolaï de actie met het Romeinsrechtelijke *interdictum uti possidetis*.¹⁰⁶⁸

De Commissie van Redactie werkte de *maintenue* uit in twee voorschriften, waarbij zij het van belang achtte of de aanvrager slechts was gestoord, dan wel volledig, maar zonder geweld uit zijn bezit was gezet.¹⁰⁶⁹ In het eerste geval vol-

navolging niet overal slaafs geweest. Juist bij de regeling der bezitsacties zullen blijken belangrijke wijzigingen aangebracht te zijn.' Zie ook mijn noot 1056.

¹⁰⁶⁴ Zitting van 9 december 1823, Toelichting op de derde afdeling van de bezittitel (*Van de regten, die uit het bezit voortvloeijen*). Noordziek 1823-1824 (I), p. 41-42; Voorduin 1838 (III), p. 366: 'Le projet, après avoir établi à cet égard des principes justes, clair et précis, s'occupe de l'action en *maintenue* connue dans le droit romain sous le nom d'*interdictum uti possidetis* (art. 606). "Dans nos mœurs plus douces, et dans un état de civilisation plus avancée, cette action est presque la seule, que la jurisprudence connait; l'action en *réintégrande*, dont nous parlerons plus bas, est moins connue, parce que les voies de fait et les actes de violence sont plus rares.'" Vgl. Pothier/Hutteau 1807, p. 51 (nr 84). Zie ook mijn noot 1020.

¹⁰⁶⁵ Zie het volledige citaat bij mijn noot 1137. Zie met betrekking tot de overeenkomst tussen art. 606 en 618 OBW ook de geschiedenis van de ontwerp teksten 33 en 22, met name hieronder mijn noot 1082.

¹⁰⁶⁶ Zie hierboven mijn noot 1064. Zie ook hieronder mijn noot 1082 (*in fine*).

¹⁰⁶⁷ Zie hierboven, p. 206 e.v. Aan de hieronder in de hoofdttekst weergegeven artikelen 22 en 33 Ontwerp (649 en 660 BW1830) lijkt met name Pothier/Hutteau 1807, p. 51 e.v. (nr 85) ten grondslag te hebben gelegen: 'On peut définir une action possessoire, celle que le possesseur d'un héritage, ou d'un droit réel ou d'une universalité de meubles, a contre celui qui le trouble dans sa possession, aux fins qu'il soit maintenu, et qu'il soit fait défenses à celui qui l'y trouble, de l'y troubler.' Zie verder het fragment uit p. 60 (nr 102), geciteerd in mijn noot 762. Zie ook Meijers 1933, p. 105.

¹⁰⁶⁸ Vgl. mijn noten 759 en 1064.

¹⁰⁶⁹ Noordziek 1875 (I), p. 43; Voorduin 1828 (III), p. 367: 'Le trouble qu'un possesseur éprouve sera, selon les circonstances, plus ou moins grave. Lorsque le possesseur n'a souffert qu'un simple trouble, et lorsqu'il a continué de détenir la chose, il suffira que le juge défende au perturbateur de troubler à l'avenir le possesseur dans sa paisible possession. Mais si le possesseur a été tellement trouble dans sa possession par les entreprises de son adversaire, que, *de fait*, et pourtant sans violence, il ait cessé de détenir corporellement la chose qu'il possédait, la simple défense de juge ne suffirait plus; il

stond een rechterlijk bevel zich van verdere storing te onthouden, in het tweede moest de rechter er tevens voor zorgdragen dat de bezitter in zijn bezit werd hersteld.

Art. 22 Ontwerp, definitieve Franse text (*maintenue*, bezitsstoring).

L'action en maintenue a lieu lorsqu'on est troublé dans la possession soit d'un fonds de terre, soit d'une maison ou bâtiment, soit d'un droit réel, soit d'une universalité de biens meubles.¹⁰⁷⁰

Art. 33 Ontwerp, definitieve Franse text (*maintenue*, geweldloos bezitsverlies).

Lorsque sans violence le possesseur d'un fonds de terre ou d'un édifice en aura perdu la possession, il aura contre le détenteur le droit de se la faire restituer et d'être maintenue dans sa possession.¹⁰⁷¹

Beide ingrepen geschieden onder de noemer van handhaving in het bezit, zodat een tijdig ingestelde actie in de weg stond aan de verwerving van 'annaal' bezit bij de verkrijger.¹⁰⁷² Deze focus op het 'rustig bezit van jaar en dag' is een

faut encore rétablir les choses dans le meme état où elles étaient avant la dépossession, en remplaçant le possesseur dans la detention actuelle de l'objet.' Vgl. Asser/Scholten 1933 (II), p. 72: 'De complainte, zuiver Frans van oorsprong, maar onder Romeinse invloed later geïdentificeerd met het interdictum uti possidetis, gaf de bezitter van een onroerend goed het recht handhaving in zijn bezit te verlangen tegen stoornis. Oorspronkelijk bestemd als rechtsmiddel tegen kleinere stoornissen, was het sinds het midden van de 14^e eeuw voor de complainte onverschillig of de stoornis zo groot was, dat daarvoor de gehele fysieke heerschappij was verloren of niet.' Zie ook: Meijers 1933, p. 105.

¹⁰⁷⁰ Meijers 1935, p. 35. De Nederlandse vertaling komt overeen met art. 649 BW1830 en luidt: De regtsvordering tot handhaving in het bezit heeft plaats, indien iemand is gestoord in het bezit van een stuk lands, van een huis of gebouw, van een zakelijk regt of van eene algemeenheid van roerende zaken. Vgl. art. 606 OBW: De regtsvordering tot handhaving in het bezit heeft plaats, indien iemand is gestoord in het bezit van een stuk lands of erf, van een huis of gebouw, van een zakelijk regt of van eene algemeenheid van roerende zaken. Zie over het laatste voorschrift ook Meijers 1946, in het bijzonder p. 389, noot 38.

¹⁰⁷¹ Meijers 1935, p. 39. De Nederlandse vertaling komt overeen met art. 660 BW1830 en luidt: Indien de bezitter van een erf of van een gebouw daarvan het bezit zonder geweld verloren heeft, kan hij tegen den houder eene regtsvordering aanvangen, strekkende om in het bezit hersteld en gehandhaafd te worden. Vgl. art. 618 OBW. Zie ook mijn noot 1082.

¹⁰⁷² Art. 17 Ontwerp, definitieve Franse text luidt, voor zover van belang: *L'on perd contre sa volonté la possession d'un héritage: 1°. Lorsqu'un autre en prend possession malgré le possesseur, et en jouit paisiblement pendant une année. (...) De Nederlandse vertaling is gelijk aan art. 644 BW1830 en luidt: Men verliest, tegen zijnen wil, het bezit een erf: 1°. Wanneer een ander zich daarvan, tegen wil en dank van den bezitter, in het bezit stelt, en gerustelijk het genot, gedurende den tijd van één jaar, behoudt; (...). Vgl. art. 601 OBW: Men verliest, tegen zijnen wil, het bezit van een stuk lands, erf of gebouw: 1°. Wanneer een ander zich daarvan tegen wil en dank van den bezitter, in het bezit*

kenmerk van het Germaanse *saisine*-recht en niet van het Romeinse bezitsrecht, alle verwijzingen naar het *interdictum uti possidetis* ten spijt. Ook Scholten merkt dit op wanneer hij een geval bespreekt waarin de stoornis zo groot was dat de bezitter de feitelijke macht verloren heeft.

(...) maar eenvoudig wordt voorgeschreven dat, als de stoornis zo groot was dat de bezitter de feitelijke macht had verloren, hij bij de handhaving in zijn bezit, dat hij krachtens art. 644, wetboek 1830, ons 601, nooit kwijt was geweest, die feitelijke macht terug kreeg. Dit blijkt ook uit het feit, dat de actie wordt toegekend tegen de *houder*. Hoe zou dit met een Romeins stelsel, waartoe men zegt dat onze wet teruggekeerd is, te rijmen zijn? De interdicten *recuperandae possessionis* gingen toch alleen tegen hem, die de ontzetting had verricht, niet tegen latere houders, maar in het systeem van het annaal bezit past dit volkomen. Elk “houden” is een stoornis in het bezit, dat niet verloren is, zolang niet een ander rustig gedurende een jaar de macht heeft uitgeoefend. Tegen iedere stoorder gaat de actie, en is de stoornis zo groot, dat de feitelijke macht geheel verloren is, dan is het noodzakelijk gevolg van de handhaving, dat die feitelijke macht teruggekregen wordt.¹⁰⁷³

De focus van van de voorschriften ligt hierdoor op wat Van Oven zou aanmerken als de ‘zakelijke functie’ van bezit: de bezitter moet beschermd worden omdat het bezit hem een zakelijk recht op de zaak geeft.¹⁰⁷⁴ Ook Nicolaïs inspiratiebron Pothier was van mening dat de bezitter meer recht op de zaak heeft dan een willekeurige derde.¹⁰⁷⁵ Dit denken in zakelijke rechten leidt vaak naar het leerstuk van de verkrijgende verjaring.¹⁰⁷⁶

stelt, en gerustelijk het genot, gedurende den tijd van één jaar, behoudt; (...) . Zie ook art. 19 Ontwerp, Nederlandse vertaling (= 646 BW1830 = 603 OBW), die eenzelfde bepaling geeft voor onlichamelijke zaken: Men verliest het bezit van onlichamelijke zaken, wanneer gedurende een jaar een ander daarvan het rustig genot heeft gehad.

¹⁰⁷³ Asser/Scholten 1933 (II), p. 74. Zie ook hierboven pagina 161 en mijn noot 1069 en hieronder p. 288.

¹⁰⁷⁴ Overigens verwoordde een geschrapt voorschrift (28 Ontwerp) de politionele functie: De regts-vordering tot handhaving heeft zelfs plaats, indien het bezit te kwader trouw is. In het OBW vinden desalniettemin we een voorschrift van soortgelijke strekking (art. 605 lid 3). Meijers 1935, p. 36 (noot 1).

¹⁰⁷⁵ Pothier/Hutteau 1807, p. 57 (nr. 95): ‘Il suffit donc que quelqu’un ait de fait la possession d’un heritage, quelle que soit sa possession, pour qu’il soit fondé à intenter la complainte contre tous ceux qui l’y troublent, quels qu’ils soient: *Qualiscumque possessor, hoc ipso quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet.*’ Van Oven 1905, p. 8 gebruikt hetzelfde fragment van Paulus (D. 43,17,2) als grondslag voor zijn uiteenzetting van de wat hij de ‘zakelijke functie van bezit’ noemt.

¹⁰⁷⁶ Zo beschermt in België de vordering, die daar bekendstaat als ‘complainte’ (zie noot 1067) ‘verjaringsbezit’, Stijns & Vuye 2005, p. 163, verwijzend naar art. 1370 Gerech-
telijk Wetboek.

De andere door Nicolaï benoemde bezitsactie, de *réintégrande*, is een actie van een geheel andere orde. In navolging van Pothier vergelijkt Nicolaï haar met het Romeinsrechtelijke *interdictum unde vi*: ook hij veronachtzaamt de canoniek-rechtelijke wortels van de actie.¹⁰⁷⁷ Het valt op dat Nicolaï in zijn Toelichting het belang van de *réintégrande* bagatelliseert door er op te wijzen dat zij in de rechtspraak vrij onbekend is omdat feitelijkheden en daden van geweld zeldzaam zijn.¹⁰⁷⁸ Die zienswijze ontleent hij zeker niet aan Pothier: die noemt gewelddadig bezitsverlies nog als eerste in zijn opsomming van wijzen waarop bezit onvrijwillig verloren gaat en lijkt geweldloos bezitsverlies meer als de uitzondering te beschouwen.¹⁰⁷⁹

Réintégrande bestrijkt óók roerende goederen

Nicolaï's kennelijke weerzin tegen de *réintégrande* laat zich verklaren vanuit een hem onwelgevallige wijziging in de reikwijdte van het voorschrift (art. 34 Ontwerp). Voorduin vermeldt dat tijdens de behandeling in de Tweede Kamer de volgende vraag opkwam:

Men vroeg in de afd. (1823), “of de actie tot in bezitherstelling niet ook op de gewelddadige ontzetting van een *roerend goed* behoort toepasselijk gemaakt worden.” –

De Regering zeide hierop: “Men vermeent dat in verre de meeste gevallen, die regtsvordering slechts ten opzichte van *onroerende* goederen kan te pas komen: daar echter ook *spolie* van een *roerend* voorwerp mogelijk en denkbaar is, zoo heeft men bij het artikel de verordening NIET *tot onroerende zaken* BEPERKT.”¹⁰⁸⁰

¹⁰⁷⁷ Voorduin 1828 (III), p. 368 en Noordziek 1823-1824 (I), p. 43: ‘(...) celui qui, prétextant des droits de propriété ou d’autres, emploie *ouvertement* des voies de fait, ou exerce des actes de violence pour déposséder le détenteur actuel d’une chose quelconque; c’est un *spoliateur*, et c’est contre lui que la loi accorde au *spolié* l’action civile de *réintégrande*, connus dans le droit Romain, sous la dénomination d’*interdictum unde vi*.’ Zie voor Pothier mijn noot 759. Zie voor een overzicht van de verschillen tussen de *actio spoli* en het *interdictum unde vi* hierboven p. 84 e.v.

¹⁰⁷⁸ Zie hierboven mijn noot 1064.

¹⁰⁷⁹ Vgl. Pothier/Hutteau 1807, p. 45 e.v. (Article II *Des manières don’t nous perdons la possession malgré nous*, § 1). Hierin vangt hij zijn uiteenzetting aan met gewelddadig bezitsverlies in drie nummers (nrs. 73 t/m 75), op de tweede plaats behandelt hij in één nummer het geweldloos bezitsverlies (nr. 76). Eveneens in één nummer sluit hij zijn bespreking af met bezitsverlies door overstroming (nr. 77).

¹⁰⁸⁰ Voorduin 1838 (III), p. 374. Zie ook Noordziek 1875 (II), p. 392, die vermeldt dat ten gevolge van deze aanmerkingen wijzigingen zijn aangebracht in artt. 34, 36, 38, 39 en 41 van het Ontwerp.

Het antwoord stelt buiten twijfel dat roerende goederen deels het voorwerp kunnen zijn van de bezitsvordering die Nicolaï aanduidt als de *réintégrande*.¹⁰⁸¹ Dit is niets minder dan een fundamentele wijziging ten opzichte van het eerste Ontwerp, waarin het voorschrift nog louter het oog had op onroerende goederen:

Art. 49, eerste Ontwerp.

Lorsque le possesseur d'un fonds de terre, ou d'une édifice en aura perdu la possession par sa faute ou, lorsqu'il en aura été dépossédé par violence, il aura contre le détenteur l'action en réintégrande pour être rétabli dans sa possession.¹⁰⁸²

De wijziging betekent dat onze wetgever bij de *réintégrande* afweek van de bezitsleer van Pothier: die sloot roerende zaken immers expliciet uit van de *réintégrande*.¹⁰⁸³ Het laat zich raden dat Nicolaï, een trouw volger van Pothier, geen voorstander was van de wijziging: ik volsta met er op te wijzen dat reeds

¹⁰⁸¹ In dezelfde zin: Hofmann 1944, p. 100; Pitlo-Brahn/De Groot & Breemhaar 1980, p. 114 e.v. Anders: Diephuis 1886 (VI), p. 421 die desalniettemin meent dat de vordering wegens roerende zaken in het algemeen niet moet worden toegekend (zie het citaat bij mijn noot 1102).

¹⁰⁸² Meijers 1933, p. 29. De *réintégrande* kon dus ingesteld worden bij verloren goederen en bij met geweld afgenomen goederen. Dit voorschrift is nadien omgenummerd (art. 33 Ontwerp) en ingrijpend gewijzigd. Zie Meijers 1933, p. 37. De eerste versie van de gewijzigde tekst luidde: Lorsque le possesseur d'un fonds de terre ou d'une édifice en aura perdu la possession, il aura contre le détenteur l'action en réintégrande pour être rétabli dans sa possession. De eindredactie wijkt echter aanzienlijk af van de eerdere ontwerp-teksten: zij kwalificeert de bezitsvordering niet langer als *réintégrande*, maar als *maintenue*! De eindredactie luidt: Lorsque sans violence le possesseur d'un fonds de terre ou d'une édifice en aura perdu la possession, il aura contre le détenteur le droit de se la faire restituer et d'être maintenu dans sa possession [cursivering, HHR]. Door deze ingrijpende wijziging heeft het nieuwe art. 33 (cf. 618 OBW) weinig toegevoegde waarde naast art. 22 van het Ontwerp (cf. 606 OBW), dat reeds bepaalde: L'action en maintenue a lieu, lorsqu'on est troublé dans la possession soit d'un fonds de terre, soit d'une maison ou bâtiment, soit d'une universalité de biens meubles. Zo reeds Kappeyne van de Copello 1870, p. 384 (geciteerd in mijn noot 1125). Kennis van deze in het Ontwerp aangebrachte wijziging is van belang voor de waardering van de voorschriften 606 en 618 OBW. Zie Pitlo-Brahn/Breemhaar 1980, p. 109: 'Is de actie van art. 618 een onderdeel van die van 606? Het belang van de vraag ligt in de toepasselijkheid van de tussenliggende artikelen op de actie van 618. Geeft art. 618 een afzonderlijke actie, dan is hierop de reeks bepalingen van de artt. 607-617 niet van toepassing. De beantwoording van deze vraag ligt in de zeer gecompliceerde ontwikkeling der bezitsacties. (...)'

¹⁰⁸³ Pothier/Hutteau 1807, p. 63 (nr. 108): 'Pareillement, dans notre droit, notre action de réintégrande étant un branche de l'action de complainte, n'a lieu que pour les immeubles, et non pour de simple meubles [cursivering, HHR]. Ceux à qui on a ravi des choses meubles, ont bien une action contre le ravisseur, pour en obtenir la restitution, et il suffit pour l'obtenir, qu'ils établissent que la chose leur a été ravie, sans qu'on doive entrer dans l'examen du droit que les parties y ont; mais cette action n'est qu'une action ordinaire qui n'est pas l'action de réintégrande [cursivering, HHR], et qui n'en a pas les prerogatives.' Zie ook mijn noot 777.

de driekoppige Belgische commissie, waarin Nicolai zitting had, in haar Rapport aan de Koning bezwaar maakte tegen de *actio spoli* van het Ontwerp 1816, met name omdat dit voorschrift het bezit van roerende zaken beschermde.¹⁰⁸⁴

De uitbreiding tot roerende goederen heeft geleid tot onduidelijkheid op het gebied van bezit, met name omdat de meeste voorschriften in de bezitstitel zien op de vordering tot *handhaving* in het bezit, de vordering die Nicolai aanduidt als *maintenue*.¹⁰⁸⁵ Van deze vordering waren roerende zaken uitgesloten, zoals blijkt uit een voorschrift dat al in het eerste Ontwerp was opgenomen.¹⁰⁸⁶ Meerdere rechtsgeleerde schrijvers gaan voorbij aan de reikwijdte van dit voorschrift en wensen het ten onrechte uit te breiden en toe te passen op *beide* bezitsvorderingen: de *maintenue* en de *réintégrande*.¹⁰⁸⁷ Ze miskennen hiermee dat het Ontwerp en het latere OBW twee verschillende vorderingen bevatten.¹⁰⁸⁸

¹⁰⁸⁴ Zie hierboven mijn noot 998.

¹⁰⁸⁵ Het veroorzaakte zelfs twijfel bij Meijers of Nicolai wel aangewezen diende te worden als ontwerper van de bezitstitel (zie mijn noot 1056). Ik houd Nicolai voor de opsteller, maar meen dat hij in zijn ontwerp geconfronteerd werd met naweeën opgewekt door de *actio spoli* van het Ontwerp Kemper. Dit schijnt me een meer voor de hand liggende verklaring dan die van Meijers 1933, p. 111, die oppert dat we de afwijking van Pothier moeten zoeken in het recht van de zuidelijke Nederlanden, in het bijzonder Brabant. Hierover nader op pagina 290.

¹⁰⁸⁶ Art. 41 van het eerste Ontwerp bepaalde: Les simples meubles, n'ayant pas de suite, ne peuvent être l'objet d'une *action en maintenue* [cursivering, *HHR*]. In de eindredactie kreeg dit voorschrift een ietwat gewijzigde vorm in art. 27: Les biens meubles corporels ne peuvent être l'objet d'une *action en maintenue* [cursivering, *HHR*]. Meijers 1933, p. 28 & 36. Het voorschrift vond zijn weg in het BW 1830 als art. 654: Roerende lichamelijke zaken kunnen geen onderwerp uitmaken van eene regtsvordering tot handhaving van derzelver bezit, behoudens de slotbepaling van artikel 649 [die ziet op een algemeenheid van roerende zaken, *HHR*]. In het OBW vinden we het terug als art. 611: Roerende lichamelijke zaken kunnen geen onderwerp uitmaken van eene regtsvordering tot handhaving in derzelver bezit, behoudens de slotbepaling van art. 606.

¹⁰⁸⁷ Recentelijk nog Vuye 1995, p. 131 (nr. 148): 'Roerende voorwerpen *ut singuli* worden wel expliciet verwijderd uit het domein van de bezitsvorderingen (art. 611).' Zie verder bijv.: Asser-Beekhuis 1957, p. 131; Middelberg 1953, p. 143-144; Suyling 1940 (V), p. 115 & 118; Van Oven 1905, p. 223; Land 1901 (II), p. 92; Diephuis 1896 (VI), p. 421 (zie ook het citaat bij noot 1102). Zie ook Coninck Liefsting 1869, p. 257 die ten onrechte probeert de opmerking over de *réintégrande* te in overeenstemming te brengen met het voorschrift over de *maintenue* door 'roerende zaken' restrictief te interpreteren als 'roerende zaken die deel uitmaken van een algemeenheid van roerende zaken': 'Het spreekt van zelf, dat hierbij alleen de roerende zaken in aanmerking komen, die zich op of in het gewelddadig in bezit genomen goed bevonden, (...).' Zie ook mijn noot 189. De Commissie van Redactie heeft naar aanleiding van de aanmerking uit de Tweede Kamer terug moeten nemen het te absoluut geformuleerde uitgangspunt dat roerende zaken geen zaaksgevolg hebben: vgl. het slot van mijn noot 1080 en de gewijzigde bewoordingen van art. 41 Ontwerp in mijn noot 1086.

¹⁰⁸⁸ Zie het citaat dat ik heb opgenomen in mijn noot 329.

Het bezitsbegrip van de vordering die Nicolaï aanduidde als *maintenue* stamt uit het Germaanse recht. Oorspronkelijk was dit begrip gekoppeld aan de *gewere/saisine*, maar de Franse rechtspraak, met name Pothier, heeft het in verregaande geromaniseerd en geprobeerd om te vormen tot *possessio* die in het Romeinse recht beschermd werd met het *interdictum uti possidetis*.¹⁰⁸⁹ Die poging is niet geheel geslaagd: de *maintenue* behield een eigenaardig kenmerk dat we nog aantreffen in het Ontwerp en het OBW: de rechtsverwerking na verzwijging van jaar en dag.¹⁰⁹⁰

Het bezitsbegrip van de vordering die Nicolaï aanduidt als *réintégrande* stamt uit het canonieke recht (*actio spoli*), Nicolaï's vergelijking van de vordering met het Romeinsrechtelijke *interdictum unde vi* ten spijt. Maar het ontwerp neemt de kenmerken van de canonieke rechtsvordering niet onverkort over: het stelt de *réintégrande* slechts ter beschikking aan de civiel bezitter en niet aan de houder, omdat de bezitstitel van het Ontwerp slechts burgerlijk bezit kent.¹⁰⁹¹ Verder beperkt het Ontwerp de kring van gedaagden: bij gewelddadig bezitsverlies kunnen alleen degenen worden aangesproken die de gewelddadigheid hebben gepleegd of hebben bevolen (art. 34). Met de *actio spoli* kon men bovendien iemand aanspreken die niet zelf had geroofd, maar er wel kennis van droeg: de *spoli conscius*. Het is aannemelijk dat Nicolaï de beperking ontleent aan Pothier.¹⁰⁹² De reikwijdte van de *actio spoli* was overigens niet beperkt tot louter gewelddadig bezitsverlies: de actie was ook inzetbaar bij gewoon bezitsverlies.

4.4.7 Eindredactie: verschil bezitsstoring en -verlies vervaagt

Het Ontwerp stelde de *réintégrande* oorspronkelijk ter beschikking van degene die het bezit zijn (onroerend) goed verloren had. De actie draaide dus om bezitsverlies.

Art. 55, eerste Ontwerp.

L'effet de l'action en réintégrande est dans tous les cas de rétablir l'ancien

¹⁰⁸⁹ Zie het citaat in noot 724 en hierboven p. 206 e.v.

¹⁰⁹⁰ Art. 30 Ontwerp: L'action en maintenue doit être intentée dans l'année à dater du jour où le possesseur aura été troublé dans sa possession. De Nederlandse vertaling is ongewijzigd overgenomen in art. 657 BW1830 en art. 614 OBW en luidt: De regtsvordering tot handhaving in het bezit moet worden aangevraagd binnen het jaar, te rekenen van den dag waarop de bezitter in zijn bezit is gestoord geworden.

¹⁰⁹¹ Zie hierboven p. 277.

¹⁰⁹² Vgl. hierboven noot 788.

possesseur dans sa possession, et de le faire considérer comme ne l'ayant point perdue.¹⁰⁹³

De *maintenue* diende oorspronkelijk ter opheffing van een onrechtmatige bezitsstoring.

Art. 47, eerste Ontwerp.

L'effet de cette action [*maintenue*, *HHR*] est de faire cesser le trouble, de maintenir le possesseur dans sa possession et de faire condamner le défendeur aux dommages et intérêts.¹⁰⁹⁴

Maar opmerkelijk genoeg is in de eindredactie de vordering wegens verlies van het goed overgeheveld naar de andere bezitsactie: de *maintenue*.¹⁰⁹⁵ Dit is een opmerkelijke en fundamentele ingreep omdat ze in strijd is met het Franse recht, dat steeds als uitgangspunt werd genomen. Dat recht onderscheidde scherp tussen bezitsstoornis (*trouble*) en al dan niet gewelddadig bezitsverlies (*perte*).¹⁰⁹⁶ Weliswaar concurreerde in de praktijk het op het *saisine*-recht gebaseerde rechtsmiddel tegen bezitsstoring met het uit het canonieke recht stammende rechtsmiddel tegen bezitsverlies: bronnen tonen dat men de *complainte en cas de saisine et de nouvelleté* óók gebruikte bij bezitsverlies. Maar diezelfde bronnen vertellen ons dat men in een dergelijk geval de fictie diende te handhaven dat men het bezit nog niet had verloren, maar er slechts in gestoord was.¹⁰⁹⁷

¹⁰⁹³ Meijers 1935, p. 29.

¹⁰⁹⁴ Meijers 1935, p. 29.

¹⁰⁹⁵ Zie hierboven het definitieve voorschrift (33), weergegeven bij mijn noot 1071.

¹⁰⁹⁶ Vgl. hieronder noot 1106.

¹⁰⁹⁷ Het is een kenmerk van de *saisine* dat ze behouden blijft bij onvrijwillig bezitsverlies, zie hierboven p. 116 en 170. Zie voor de bronnen Coninck Liefsting 1869, p. 229 e.v.: 'Men kwam daartoe [de toepassing van de *complainte en cas de saisine et nouvelleté* ook te gebuiken bij gehele ontzetting van het bezit, *HHR*] langs de eenvoudige weg van het verlies van bezit als een stoornis in het bezit te beschouwen. Daartoe kwam men door overeenkomstig de Germaanse regel aan te nemen, dat hij, die door geweld beroofd was, rechtens het bezit, de rechte weer of *saisine*, niet had verloren. Volgens Rebuffus, *Comm. In Const. Regias* (verschenen 1550) *Tract. de poss.* Art, 1, Glossa 1, § 1 wilde bijna niemand in Frankrijk concluderen, dat hem het ontnomen bezit zou worden teruggegeven; maar concludeerde men steeds, dat men in zijn bezit gestoord was [Noot (166): *Sciendum est, hic tractari de hoc interdicto retinendae possessionis, quod est in hoc regno frequentissimum, quia nullus vult dicere, se possessione privatum: ideo omnes practici Franciae solent in hoc interdicto concludere, teste Joan. Fabro in § 4, Inst. de Interd.*'] Van de eiser hing het in geval van ontzetting af, de feiten waardoor het feitelijk bezit van de gedaagde zich toonde, of enkele feiten daarvan, als stoornis of ontzetting van bezit aan te merken. Beweerde de gedaagde daartegen dat hij bezitter was, dan gold deze bewering op zich zelve, afgezien van alle ander bewijs van feiten, als stoornis. De bewering van de gedaagde, dat hij bezitter was, stond alleen en op zich zelve met feitelijke stoornis gelijk. Rebuffus zegt, t.a.p. glossa 2, § 3: "Turbatio

De eindredactie van het Ontwerp houdt deze fictie niet langer aan, maar wil het rechtsmiddel dat Nicolaï aanduidt als de *maintenue* gebruiken zowel voor bezitsstoring als voor geweldloos bezitsverlies! Hiermee verliet het Ontwerp het uitgangspunt dat bij *storing* de *maintenue* ingesteld diende te worden en bij – al dan niet gewelddadig – *verlies* de *réintégrande*.¹⁰⁹⁸ Ik zal hieronder betogen dat het verlaten van dit uitgangspunt verwarring in de rechtsleer heeft gesticht. Maar eerst bespreek ik de vraag waarom de Commissie van Redactie ertoe overging om de bezitsacties te vermengen.

Reden voor overheveling inhoud van de bezitsacties

De overheveling diende ongetwijfeld om te voorkomen dat men met de *réintégrande* geweldloos verloren roerende goederen kon opvorderen. Bij de *maintenue* was de opvordering van roerende goederen namelijk uitdrukkelijk uitgesloten (art. 27 Ontwerp, cf. 611 OBW).¹⁰⁹⁹ Reeds Meijers wees op de ingrijpende wijziging die ‘gewoon’ bezitsverlies overhevelde van de ene naar de andere bezitsvordering, maar hij legde geen verband tussen deze wijziging en de uitbreiding van de reikwijdte van de *réintégrande* met roerende zaken. Hierdoor onstond twijfel bij Meijers of hij Nicolaï wel mocht beschouwen als de opsteller van de bezitstitel.¹¹⁰⁰ Mij lijkt het echter aannemelijk dat juist Nicolaï verantwoordelijk was voor de overheveling. Inderdaad veroorzaakte de wijziging een afwijking van het Ontwerp ten aanzien van de *Code civil*, maar ik vermoed dat

contingit, quando adversarius negat, me possidere rem controversam, dicendo se verum esse et solum possessorem.” Deze gewoonte was zeer oud in Frankrijk. Reeds schreef omstreeks 1330 Johannes Faber in zijn commentaar op § *Retinendae*, (d.i. § 4) van de *Inst. de Interd.*, N^o. 13: “Avocati curiae Franciae non multum hoc attendunt, qui semper concludunt in vi turbativa, quaecunque sit vis. [Noot (167): Hij had er op gewezen, hoe het er op aan kwam, om volgens het Romeinse recht in de uiteenzetting van de feiten niet aan te voeren, dat men van zijn bezit ontzet was en er op volgen dat de Advocaten van de Franse balie daarop weinig letten, omdat zij ook bij gehele ontzetting concluderen, dat er storing in het bezit heeft plaatsvonden. Ook in de aanvang van zijn aantekening op deze paragraaf zegt hij: “Haec materia est tota practicabilis maxime in curia Franciae, ubi quasi omnes causae sunt in casu novitatis, quod est fere Ut possidetis.” Zie ook Bruns bl. 363 en de daar aangehaalde schrijvers.]’ Asser/Scholten 1933, p. 72 (zie mijn noot 1069) vermeldt dat het gebruik van de complainte bij algehele ontzetting mogelijk gemaakt werd door de bij de complainte gebruikte leer van bezitsverkrijging door occupatie, die slechts dan werd aangenomen, als de occupant gedurende jaar en dag rustig in het bezit der geoccupeerde zaak was gebleven. In een dergelijk geval heeft de voormalige bezitter kennelijk vrijwillig afstand gedaan van zijn bezit: door verzwijging.

¹⁰⁹⁸ Zie hieronder mijn noot 1106.

¹⁰⁹⁹ Zie hierboven mijn noot 1086.

¹¹⁰⁰ Zie hierboven mijn noot 1056.

Nicolaï haar zal hebben beschouwd als een kleine concessie ten behoeve van het behouden van de structuur van het Franse wetboek.

Het is genoegzaam bekend dat Nicolaï zo min mogelijk wilde afwijken van de structuur van de *Code civil*. Het verlangen van de Tweede Kamer om de *réintégrande* ook toe te passen op roerende zaken vormde een bedreiging voor dit uitgangspunt: de vordering van de *réintégrande* zou dan concurreren met het voorschrift dat ‘bezit van roerende goederen geldt als titel’ (art. 2279 Cc). Juist vanwege deze mogelijkheid wees Diephuis zelfs iedere bezitsvordering met betrekking tot roerende zaken af, het antwoord van de Regering op vragen van de Tweede Kamer ten spijt.¹¹⁰¹

Maar welk gewigt men ook mag hechten aan de antwoorden der Regering, men moet daarom niet als regt erkennen, wat geen grond vindt in, *en zelfs in strijd is met de wet; die, terwijl zij van roerende goederen bezit als volkomen titel laat gelden, deswege in het algemeen geene possessoire vorderingen toelaat* [cursivering, HHR].¹¹⁰²

Ik breng de overheveling van de actie met betrekking tot geweldloos bezitsverlies van de *réintégrande* naar de *maintenue* dus in verband met Nicolaï's verlangen om roerende zaken zo min mogelijk deel te laten uitmaken van bezitsvorderingen.

Na deze overheveling kon Nicolaï de *réintégrande* terecht bagatelliseren.¹¹⁰³ En vanuit een leerstellig oogpunt hoefde het Nicolaï geen grote gewetenswroeging op te leveren: had zijn leermeester Pothier niet reeds de voorzet gegeven door de *réintégrande* aan te merken als ‘tak’ van de andere bezitsvordering?¹¹⁰⁴ Deze zienswijze maakte de aanpassing ongetwijfeld makkelijker te rechtvaardigen. En het is bekend dat beide bezitsacties al sinds het midden van de 14^e eeuw concurreerden voor wat betreft door een stoornis veroorzaakt algeheel bezitsverlies.¹¹⁰⁵ Uiteindelijk zal het doel het middel hebben geheiligd: Nicolaï behield in het Ontwerp zoveel mogelijk de structuur van de *Code civil*.

¹¹⁰¹ Zie hierboven het citaat bij mijn noot 1080. Zie ook mijn noot 1081.

¹¹⁰² Diephuis 1886 (VI), p. 421. Hij maakt een uitzondering voor een algemeenheid van roerende zaken (artt. 601, 606 & 611 OBW). Vgl. De Pinto 1849 (II), p. 226 (§ 371): ‘Maar wat dan ook door de regering mag zijn bedoeld en begrepen, een zodanige actie zou zeker niet te rijmen zijn met de bepaling van art. 2014, dat bij roerende zaken het eenvoudig bezit geldt voor titel, waaruit wel degelijk volgt, dat hij, die het bezit op welke wijze dan ook verloren heeft, daarmee tevens alle aanspraak op de zaak kwijt is.’ Zie ook: Goudsmit en Opzoomer 1845, p. 188 e.v.

¹¹⁰³ Zie hierboven het citaat in mijn noot 1064.

¹¹⁰⁴ Zie hierboven het citaat in mijn noot 1083.

¹¹⁰⁵ Zie hierboven mijn noot 1097; Asser/Scholten 1933, p. 72-73. Vgl. ook hierboven, mijn noten 422 en 558.

4.4.8 De gewijzigde eindredactie veroorzaakt verwarring

De overheveling leidde in de rechtsleer echter tot verwarring, in het bijzonder omdat de bezitstitel daarmee het oorspronkelijke en eenvoudig te begrijpen uitgangspunt verloor dat bij stoornis (*trouble*) de *maintenue* ingesteld diende te worden en bij verlies (*perte*) de *réintégrande*.¹¹⁰⁶ Scholten wees hier al op:

Overziet men dit alles, dan is het duidelijk dat fundamenteel verschil bestaat tussen beide ontwerpen en wel in twee opzichten: 1e. wordt de *réintégrande* beperkt tot geweld; 2e. wordt gebroken met de gedachte van de terugvordering zonder geweld en wordt de ontzetting weder onder de stoornis gebracht.¹¹⁰⁷

De vermenging van de bezitsvorderingen leidde tot een aantal moeilijke vragen. Ik bespreek twee vraagstukken die het wezen van de bezitstitel en de bezitsvorderingen raken, maar waarover in de rechtsleer grote meningsverschillen zijn gerezen. Dit is de vraag naar de inhoud van het bezitsbegrip en de vraag naar het aantal bezitsvorderingen. Ik zal betogen dat de onduidelijkheid die door de vermenging werd veroorzaakt in de weg stond aan een effectief gebruik van de rechtsmiddelen van de derde afdeling van de bezitstitel.

Verwarring over het bezitsbegrip

De eerste vraag ziet op de inhoud van het bezitsbegrip. Nicolaï duidde de bezitsvorderingen, in navolging van Pothier, Romeinsrechtelijk. Deze duiding suggereert het bestaan van een eenvormig bezitsbegrip in beide vorderingen. Deze indruk wordt versterkt door de aan aan het Romeinse recht ontleende bezitsverkrijging, die de elementen feitelijke heerschappij, *corpus*, en bezitswil, *animus*, centraal stelt.¹¹⁰⁸

¹¹⁰⁶ In het oude Franse recht gold dit uitgangspunt al krachtens de Ordonnantie van 1667 (zie mijn noot 727). Vgl. Jousse 1757, p. 257 (Ad. Tit. XVIII, art.1, nr. 7): ‘*Former complainte.*] Il y a cette difference entre la *complainte* & la *réintégrande*, que l’action en *complainte* a pour objet d’être maintenu en la possession où l’on est; au lieu que l’action en *réintégrande* est celle, par laquelle on demande à être rétabli dans la possession où l’on étoit, & dont on a été dépouillé: ainsi la *complainte* ne se dit que du chef de celui qui a été troublé.’ Van de overname van deze indeling in het Ontwerp getuigt nog het (nimmer aangepaste!) art. 20 aanhef en sub 4 Ontwerp: La possession de bonne foi donne sur la chose, à celui qui la possède le droit: (...) 4^o d’être maintenu dans la possession de la chose contre celui qui viendrait l’y troubler; ou de s’y faire réintégrer, lorsqu’il l’a perdue [cursivering, HHR]. Meijers 1935, p. 35. Vgl. hiermee art. 22 en de wijzigingsgeschiedenis van art. 33 Ontwerp (beide weergegeven in mijn noot 1082).

¹¹⁰⁷ Scholten 1941 (WPNR # 3767), p. 70. Zie ook: de Pinto 1849 (II), p. 220-221 (§ 361).

¹¹⁰⁸ Zie art. 9 Ontwerp, weergegeven bij mijn noot 1054.

Toch kent de bezitstitel geen eenvormig bezitsbegrip: dat blijkt wanneer we nagaan of het aan de bezitsvorderingen ten grondslag liggende bezit juridisch of feitelijk van aard is.¹¹⁰⁹ De inhoud van het bezitsbegrip valt immers niet alleen af te leiden uit de bezitsdefinitie, maar even goed uit het door de bezitsvorderingen beschermde rechtsgoed.¹¹¹⁰ Dat verschilt echter bij de twee acties.

De vordering van de *maintenue* bepaalt dat de bezitter geacht wordt ondanks de storing nog een jaar lang het bezit te behouden, pas daarna verliest hij het.¹¹¹¹ Bij deze vordering draait het om de bescherming van het bezit als *recht*. Het draait kortom om bescherming van datgene wat Van Oven aanduidde als de ‘zakelijke functie van bezit’.

De vordering van de *réintégrande* richt zich daarentegen op bescherming van het bezit als *feitelijke* toestand. Deze toestand gaat door de daad van *spolie* direct teniet, maar de voormalige bezitter kan nog gedurende een jaar herstel vragen. De vordering beschermt wat Van Oven aanduidde als de ‘politieele functie van bezit’. In die functie is bezit geen recht, maar feit.

Nu had het bestaan van de twee verschillende functies in dezelfde bezitstitel nog niet tot grote problemen hoeven te leiden, zolang ze tenminste met aparte acties werden ingevuld. En zolang men niet uit het oog verliest dat elke actie haar eigen bezitsbegrip kent, anders dreigt wat Van Oven ‘grenzeloze begripsverwarring’ noemde:

In beide [functies, *HHR*] gebruikt men een begrip bezit, doch in verschillende betekenis. Dat houde men in het oog, en men blijft bewaard voor grenzeloze begripsverwarring in de wetenschap en voor ondoelmatige bepalingen in de wetgeving.¹¹¹²

Maar Nicolaï schiep chaos toen hij de actie ter bescherming van het feitelijke verlies van bezit deels overhevelde naar een actie die het recht van bezit beschermt. Het volgende fragment toont de verwarring die hierdoor bij Feith ontstond.

¹¹⁰⁹ Vgl Asser 1838, p. 242: ‘Hoezeer de onderwerpelijke titel [Boek 2, titel 2, *HHR*] met de meeste zorg en naauwkeurigheid bewerkt zij, zoo is het echter werkelijk te bejammeren, dat men niet meerder nut heeft getrokken uit het eerste voorstel der vroegere commissie, en voornamelijk, dat men, in navolging van dat werk, den titel niet in tweeën heeft gesplitst, door *naturalis possessio* (of *detentio*) van de *possessio civilis* af te scheiden; waardoor zoude zijn te gemoet gekomen aan sommige zwarigheden, welke deze titel oplevert.’

¹¹¹⁰ Zie ook hierboven mijn noot 927.

¹¹¹¹ Art. 17 Ontwerp, zie mijn noot 1072. Zie ook mijn noot 1090.

¹¹¹² Van Oven 1905, p. 228 (slotzinnen).

(...) Bij een eenvoudige lezing der wet blijken de artt. 606-617 te handelen van storing, en de artt. 618-624 van verlies met of zonder geweld, het bezit schijnt hier niet anders dan in feitelijke zin genomen; volgens NICOLAI (bij VOORDUIN III, 367) behoort art. 618 echter tot de eerste groep, en moet het daar bedoelde geval van verlies in de zin der wet dus nog als een storing worden aangemerkt. Men schijnt dus aan het bezitregt van art. 601 gedacht te hebben; maar dan had men in het geheel niet van verlies mogen spreken, en was er geen grond om ook het geval van 619 niet als een storing in dat regt aan te merken. (...) Blijkbaar heeft de wetgever dus zelf niet helder voorgesteld, wat hij wilde, en kan men de derde afdeling alleen dan verstaan, wanneer men art. 601 tijdelijk wegdenkt en het bezit alleen in zijn feitelijke betekenis neemt. Men heeft dan storing (art. 606-617), verlies zonder geweld (618, 621, 622), verlies met geweld (619-622); de namen der onderscheiden acties blijven in ieder geval onverklaarbaar.¹¹¹³

Verwarring zien wij ook bij Opzoomer die de bezitstitel met behulp van de logica wenste te ontleden. Nadat Opzoomer geconfronteerd was met het werk waarin Coninck Liefsting de bezitstitel poogt te verduidelijken aan de hand van de historisch verschillende uitgangspunten die aan de wetartikelen ten grondslag lagen, benadrukt Opzoomer de voorkeur te geven aan het stelsel van de wet.¹¹¹⁴

Dankbaar behoort dan ook iedere rechtsgeleerde zijn historische aanwijzingen op te nemen. Menige andere onverklaarbare uitdrukking of zelfs bepaling van onze wetgever zal hem daardoor, wel niet gerechtvaardigd, maar toch volkomen verklaard en duidelijk zijn.

Maar nu het gebruik, de toepassing?

Hier kan ik aan de studie der geschiedenis geen zoo gewichtige alles beslissen-de stem geven. Hier gaat mij boven de historie het *stelsel* [cursivering *Opzoomer*] van de wet. En dat stelsel heeft zijn grondslag, zijn wortel, in de algemeene groote beginselen, die als beginselen erkend en op de voorgrond geplaatst zijn.¹¹¹⁵

Op dit uitgangspunt valt wel wat af te dingen. Zo blijkt bijvoorbeeld het stelsel van de wet Opzoomer niet te helpen in het begrip van het artikel dat bepaalt dat ‘huurders, pachters en anderen, die houders van een zaak voor een ander zijn, geen rechtsoverdracht tot handhaving in het bezit kunnen aanvangen.’ (art. 612 lid 5 OBW). Omdat Opzoomer de zin van dit voorschrift niet inziet, houdt hij het voor overtuigend.

¹¹¹³ Vgl. Feith 1866, p. 682 (noot 1).

¹¹¹⁴ Zie voor een voorbeelden van Coninck Liefstings betoog hierboven p. V en hieronder mijn noot 1164.

¹¹¹⁵ Opzoomer/Goudekot 1911 (III), p. 242.

Wie ter wereld toch zou zich kunnen voorstellen, dat handhaving in het bezit gevorderd kon worden door iemand, bij wien van geen bezit sprake is? Handhaving in wat men niet heeft, of herstel in wat men niet had, laat zich moeilijk denken.¹¹¹⁶

De oorsprong van Opzoomers ongenoegen ligt vanzelfsprekend in het gegeven dat we in de bezitsdefinitie van het wetboek een ander bezitsbegrip aantreffen dan in de acties. Juist dit punt werd door Coninck Liefsting in zijn werk benadrukt. Wanneer we ons bovendien realiseren dat de positie van de huurder als toetssteen gebruikt kan worden voor het bezitsbegrip dat de wetgever hanteert (zie § 1.4.3), dan lijkt me deze bepaling geenszins overtoollig.

Overigens lijkt ook Opzoomers bewerker Goudekot te schrikken van diens harde stellingname. Hij noteert op ‘het stelsel der wet’:

[In verband met bovenstaande beschouwingen is belangwekkend hetgeen door CONINCK LIEFSTING in zijne «Herinneringen aan Prof. Opzoomer en zijn werk» in het Rechtsgeleerd Magazijn van 1893 bl. 201 vgg. is opgemerkt omtrent de te geringe beteekenis die Opzoomer bij de uitlegging van onze wet aan de geschiedenis heeft willen toekennen. Hoewel door eenige voorbeelden wordt aangetoond, dat door OPZOOMER «de historie geenszins is voorbijgezien», moet toch worden geconstateerd dat «de waarneming van de historische vorming der rechtsbegrippen bij hem niet de sterkste was» (bl. 221). Ik voor mij geloof dat CONINCK LIEFSTING hierin gelijk heeft, en zou meenen, dat juist de bepalingen betreffende de bezitsactiën niet alleen slechts kunnen worden begrepen in het licht der geschiedenis, maar ook in verband daarmee moeten worden uitgelegd. Maar nu Opzoomer zoo onomwonden en principieel zijne opvatting heeft uitgesproken, meen ik hier de mijne daarvoor niet in de plaats te mogen stellen.]¹¹¹⁷

Hoe dan ook, ik stel vast dat er verwarring heerste over de beantwoording van de vraag naar de inhoud van het door de wetgever gehanteerde bezitsbegrip.¹¹¹⁸

Verwarring over het aantal bezitsacties

Feiths kritiek brengt ons op de tweede vraag: hoeveel bezitsvorderingen kent de bezitstitel? De overheveling van geweldloos bezitsverlies naar de *maintenue* veroorzaakte ook verwarring bij de beantwoording van deze vraag. Feith geeft aan dat hij niet goed vat krijgt op de regeling van de wetgever, maar hij meent in de bezitstitel van het OBW drie vorderingen aan te treffen: storing, verlies

¹¹¹⁶ Opzoomer/Goudekot 1911 (III), p. 221.

¹¹¹⁷ Opzoomer/Goudekot 1911 (III), p. 221.

¹¹¹⁸ Zie ook Vuye 1995, p. 154 (nr. 150): ‘Samen met Pitlo stellen we dan vast dat: ‘Wie de artikelen leest, die het begrip bezit pogen te omschrijven en vervolgens te regelen, zal weinig van het begrip bezit begrijpen.’

zonder geweld en verlies met geweld. Hij volgt hierin Van Hall, die reeds in 1828 in zijn opstel over het Ontwerp eveneens tot de conclusie kwam dat er drie bezitsvorderingen bestonden. Van Hall benoemde ze als volgt:

Er zijn bij de Wet drie soorten van possessoire vorderingen daargesteld:

1^o. Die tot *handhaving* in het bezit. Art. 22 en 32;

2^o. Die tot *bezit-herstelling* en *handhaving*. Art. 33 en 36, 37, 38 en 39.

3^o. Die tot in *bezit-herstelling*. Art. 34, 35, 36, 39 en 40 en 42.¹¹¹⁹

Ook Coninck Liefsting noemt drie bezitsvorderingen: een actie gericht op handhaving in het bezit (art. 606 OBW), een actie tegen buitenbezitstelling zonder geweld (art. 618) en die tegen gewelddadige ontzetting (art. 619).¹¹²⁰ Meijers, de ontwerper van de regeling van ons huidige BW, zou in 1933 nog een lans breken voor Liefstings zienswijze.

Uit het voorafgaande is duidelijk gebleken (...).¹¹²¹ Tevens volgt daaruit, dat CONINCK LIEFSTING niet zo ongelijk had met drie bezitsacties aan te nemen als KAPPEYNE het heeft doen voorkomen.¹¹²²

Kappeyne van de Copello ontkent dat de wetgever drie bezitsacties wilde opnemen. Hij merkt terecht op dat men niet de Nederlandse vertaling, maar de oorspronkelijke Franstalige teksten van het Ontwerp als uitgangspunt moest nemen.

De grove fouten der vertaling verwekten de valse schijn, dat onze wetgever drieërlei possessoire actie heeft willen verlenen, een tot handhaving, een tot herstelling en handhaving en een derde tot herstelling in het bezit. Mr. F.A. Hall, onbekend met het vroegere dogma en bevangen door v. Savigny, kon in de bepalingen van

¹¹¹⁹ Van Hall 1828, p. 135.

¹¹²⁰ Coninck Liefsting 1869, p. 567 e.v. Op p. 568 vermeldt hij de bijzondere eigenschap bij de actie tegen buitenbezitstelling zonder geweld dat zij ook tegen derde-verkrijgers te goeder trouw ingesteld kan worden. Ook Diephuis 1886 (VI), p. 393-394 onderscheidt drie possessoire rechtsvorderingen. Hetzelfde geldt voor Opzoomer: Hallebeek 2009, p. 107-108.

¹¹²¹ Zie voor de volledige tekst van het citaat hierboven mijn noot 1056.

¹¹²² Meijers 1933, p. 114. Hoffmann 1944, p. 89 e.v. volgt Meijers, zie m.n. p. 90-91: ‘Van deze artt. 22, 33 en 34 zijn onze artt. 606, 618 en 619 slechts vertalingen, en zo moeten wij dus wel besluiten, dat onze wetgever, wat de bezitsacties betreft, tot het systeem van het oude recht der Noordelijke Nederlanden is teruggekeerd en dat in art. 606 de *maintenue*, in art. 618 de *complainte*, en in art. 619 de *redintegrande* of *spolie* is neergelegd.’ Ook Middelberg 1953, p. 143 neemt drie bezitsacties aan die geheel geschoeid zouden zijn op het Oud-Nederlandse recht. Anders: Scholten 1942 (*WPNR* # 3767), p. 77 e.v.

het Wetboek van 1830, waarvan hij de franse tekst vergat te vergelijken, de draad niet vinden en was de eerste, die in de dwaling der drie actiën verviel. (...) ¹¹²³

Hij meent in de bezitstitel slechts twee vorderingen aan te treffen, zoals blijkt uit het slot van het volgende citaat.

In elk geval, hoe men hare duistere oplossing ontraadsele, het blijkt onwedersprekelijk, dat men ook in 1832 niets heeft willen veranderen aan de hoofdbeginselen, in 1823 aangenomen, en slechts twee actiën, de *maintenue* en de *réintégrande*, die men bij Pothier en in de *ordonnance* van 1667 gevonden had, heeft gekend. Nochtans verkondigde zelfs Mr. ASSER de leer der drie actiën en sedert gold zij als axioma in de jurisprudentie en bij de uitleggers en stichtte velerlei verwarring. ¹¹²⁴

Hoewel Kappeyne van de Copello er terecht van uitging dat de bezitstitel twee bezitsvorderingen kende, bleef ook hem de regeling duister. Dit kwam ongetwijfeld doordat hij zich niet los kon maken van het vooroordeel dat de actie van 606 OBW dezelfde was als die van 618 OBW. De wetgever zou immers – blijkens de Toelichting van Nicolaï op het Ontwerp – in artt. 606 *tot en met* 618 OBW de *maintenue* hebben willen regelen. ¹¹²⁵ Hierdoor zag hij zich geplaatst voor de onmogelijke opgave om twee wezenlijk verschillende vorderingen, de *maintenue* en de *réintégrande*, met elkaar in overeenstemming te brengen. Dat was uiteraard een vruchteloze inspanning.

De strijd over de vraag naar het aantal bezitsvorderingen beperkte zich niet tot de vraag of het Ontwerp en het latere OBW nu twee of drie bezitsacties

¹¹²³ Kappeyne van de Copello 1870, p. 383.

¹¹²⁴ Kappeyne van de Copello 1870, p. 384.

¹¹²⁵ Kappeyne van de Copello 1870, p. 384: ‘Hij [Coninck Liefsting, *HHR*] had nog een stap verder moeten gaan en, zich losmakende van het vooroordeel, dat onze wetgever de twee mandementen van de oud-Hollandse praktijk voor de geest had gehad, moeten komen tot de erkenning, dat de actie van art. 618 dezelfde is als die van art. 606, omdat de wetgever in de artt. 606 tot en met 618 de *maintenue* heeft geregeld.’ Zie ook p. 397: ‘(...) want de actie van art. 618 B.W. is dezelfde als die van art. 606 B.W. en deelt in al hare algemene eigenschappen.’ Ook Scholten 1942 *WPNR* # 3767), p. 79 kent groot gewicht toe aan de Toelichting: ‘(...) Daarvoor pleit tenslotte de rede van NICOLAÏ. Men mag over de waarde van zulk een toelichting twijfelen als het er op aan komt de wet toe te passen – voor de wetshistorische vraag wat de bedoeling was, is haar belang niet te miskennen, vooral als zij afkomstig is van een figuur van het gezag van NICOLAÏ. Het gaat niet aan om als HOFMANN (...) [zie het citaat in mijn noot 1056, *HHR*] te zeggen dat NICOLAÏ de auteur van het ontwerp niet kan zijn en dat hij de zaak niet begrepen heeft. Dit steunt nergens anders op dan op het feit, dat NICOLAÏ anders over de zaak dacht dan MEIJERS. Of hij het eerste ontwerp heeft geredigeerd, weet ik niet. Het is best mogelijk, dat een ander dit deed, een ander die dan een stuk Brabants recht en een stuk POTHIER weinig gelukkig verbond. Maar voor de definitieve bewerking van het ingediende ontwerp was NICOLAÏ mede aansprakelijk.’

kenden: dat er op dit punt volslagen verwarring heerste blijkt uit het feit dat er zelfs is verdedigd dat de bezitstitel slechts één bezitsvordering zou kennen. Zo beschouwt Land de actie van art. 606 OBW (art. 22 Ontwerp) en die van 618 (art. 33 Ontwerp) als één actie.

Men kan nu, zoals wij reeds op bl. 92 opmerkten, deze actie van art. 618 als de aanvulling beschouwen van die van art. 606, of wel beiden zich voorstellen als ééne actie, die in verschillende vorm zich voordoet, naarmate de stoornis van het bezit meerderen of minderen omvang had.¹¹²⁶

Land weigert daarnaast in de *réintégrande* van art. 619 OBW een afzonderlijke bezitsactie te zien: hij beschouwt de vordering als een uit onrechtmatige daad.

Het is de actie van art. 1401, hier op bijzondere wijze uitgewerkt.¹¹²⁷

Land lijkt zich hier aan te sluiten bij Gratama, die in 1851 in zijn opstel in *Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving* een soortgelijk betoog voerde.

De *reintegrande*, de verplichting om de feitelijke betrekking van een persoon tot een zaak, die met geweld verbroken is, onvoorwaardelijk te herstellen, met bloot toegebrachte schade te vergoeden, is slechts een verhoogde werking van de verantwoordelijkheid wegens onrechtmatige daden. En haar grond, het geweld alleen geenszins zakelijk recht, en hare strekking, vervalling door de geweldenaar zijner verbintenis tot onvoorwaardelijk herstel, geenszins uitoefening van of handhaving in een zakelijk recht, maken de *reintegrande* tot een zuiver persoonlijke vordering.¹¹²⁸

Ook latere Nederlandse rechtsgeleerden leggen een verband tussen de vordering uit onrechtmatige daad en die van de *réintégrande*.¹¹²⁹

De zienswijze dat de *réintégrande* geen bezitsactie is, maar een bijzondere vordering uit onrechtmatige daad dient naar mijn mening te worden verworpen. Het meest krachtige argument daarvoor lijkt mij de wil van de wetgever: die

¹¹²⁶ Land 1901 (II), p. 100.

¹¹²⁷ Land 1901 (II), p. 102 noot 2.

¹¹²⁸ Gratama 1851, p. 257.

¹¹²⁹ Ik noem slechts Meijers en Hofmann. Meijers 1912 (*WPNR* # 2242), p. 598: 'De vordering tot teruggave daarentegen, die de bezitter krachtens art. 619 B.W. heeft, onderscheidt zich in haar grondslag in geen enkel opzicht van de vordering uit onrechtmatige daad.'; Hofmann 1944, p. 98: 'O.i. moet men in deze actie dan ook een speciale vordering uit onrechtmatige daad zien, welke slechts door de bezitter kan worden ingesteld, en die voor hem, in vergelijking met de gewone vordering uit onrechtmatige daad, zekere voordelen heeft.'

heeft de vordering opgenomen in de bezittitel van het OBW. Verder is Pothiers *réintégrande*, die rechtstreeks terug te herleiden is op de *actio spoli* en in onze contreien ook bekend stond als het *mandament van spolie* al eeuwenlang erkend als bezitsactie.¹¹³⁰ De actie kende alleen een ander bezitsbegrip dan de Romeinsrechtelijke *possessio*: het draait om het bezitsbegrip dat Bähr aanduidt als *Realbesitz*.¹¹³¹ Dat bezitsbegrip legt de nadruk op ‘feitelijke beheersing’¹¹³² en sluit daardoor beter aan bij het gewoonterecht van Germaansrechtelijke oorsprong.¹¹³³ Verder verschilt de rechtsvordering van de *réintégrande* van de actie uit onrechtmatige daad. De eerste is zakenrechtelijk, de tweede verbintenrechtelijk: de *réintégrande* beoogt herstel van het feitelijke bezit, de actie uit onrechtmatige daad het afdwingen van de verbintenis tot schadevergoeding.¹¹³⁴ Welbeschouwd concurreren de twee acties.¹¹³⁵ Ik meen dat Coing het bij het rechte eind heeft als hij de bezitsbescherming van de *actio spoli* omschrijft als een ‘bijna universeel rechtsmiddel’. En dit bijna universele rechtsmiddel had de potentie om te concurreren met de actie uit onrechtmatige daad: het leek, gezien zijn reikwijdte, zelfs de beste kaarten te hebben. Maar wanneer ik gemakshalve de actie uit onrechtmatige daad terugherleid tot de Romeinsrechtelijke *actio ex lege Aquilia* en de *réintégrande* op de canoniekrechtelijke *actio spoli* ingebed in Germaanse rechtsopvattingen en daarbij ook de Germaansrechtelijke *maintenue* in beschouwing neem, dan stel ik vast dat in ons oude recht het Romeinse recht heeft getriomfeerd. Die triomf werd zonder twijfel vergemakkelijkt door onduidelijkheid over de regeling van bezitsbescherming van het OBW. Pitlo/Brahn verwoordt het als volgt:

¹¹³⁰ Ik volsta hier met het noemen van Bort die in de eerste titel van zijn *Tractaet van Complainte* het *mandament van spolie* aanmerkt als bezitsactie.

¹¹³¹ Zie hierboven mijn noot 317.

¹¹³² Zie hierboven mijn noot 326.

¹¹³³ Zie hierboven mijn noot 422.

¹¹³⁴ Art. 619 OBW lid 1 luidt: In geval van gewelddadige ontzetting, heeft de regtsvordering tot herstelling in het bezit plaats, zoo wel tegen degenen, die de gewelddadigheid hebben gepleegd, als die dezelve hebben bevolen.

Art. 1401 OBW luidt: Elke onregmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht, stelt dengenen door wiens schuld die schade veroorzaakt is in de verplichting om dezelve te vergoeden.

¹¹³⁵ Dit blijkt m.i. ook uit de bewoordingen van art. 624 OBW: Ook na verloop van het jaar, hetwelk de wet toekent om de regtsvordering tot herstelling in het bezit aan te vangen, heeft degene, die op eene gewelddadige wijze van zijn bezit is beroofd, het regt om, bij wege *eener gewone regtsvordering*, dengenen die het geweld heeft gepleegd, te doen veroordelen tot de teruggave van alles wat hem ontnomen is, en tot de vergoeding der kosten, schaden en interessen, door die feitelikheden veroorzaakt.

Vgl. art. 3:125 lid 3 BW.

Integendeel, de voordelen die de hieronder te bespreken artikelen verschaffen boven de vordering uit onrechtmatige daad, zijn gering; bovendien is de praktijk-jurist met de dogmatische vragen rond de bezitsacties weinig vertrouwd, met het leerstuk der onrechtmatige daad echter des te beter. De bezitsacties worden dan ook zelden of nooit ingesteld; men ageert – veelal in kort geding – ex art. 1401.¹¹³⁶

Ten aanzien van het antwoord op de vraag naar het aantal bezitsvorderingen in de bezittitel kom ik tot de slotsom dat deze twee bezitsacties kende, maar dat deze zienswijze in de literatuur bepaald geen gemeengoed is. Zo schreef de Belg Vuye nog in 1995, dus drie jaar na de invoering van het huidige BW:

Dit zal tot gevolg hebben dat men het er in Nederland nooit echt is over eens geraakt of het B.W. [OBW, *HHR*] nu één (art. 606), twee (art. 606 en 618 of 606 en 619) dan wel drie bezitsvorderingen (art. 606, 618, 619) bevat. Deze academische disputatio zal op haar beurt tot gevolg hebben dat de bezitsvorderingen in Nederland weinig werden gebruikt.¹¹³⁷

4.4.9 *Bezitsacties buiten de bezittitel*

In de literatuur is veel aandacht besteed aan de vraag naar het aantal bezitsvorderingen in de bezittitel. In het verlengde hiervan ligt de vraag of het Ont-

¹¹³⁶ Pitlo/Brahn 1980, p. 109. Vgl. Meijers in zijn gesprekken met Drion, zie het citaat bij mijn noot 3.

¹¹³⁷ Vuye 1995, p. 154 (nr. 150). Vgl. Veegens/Oppenheimer 1925, p. 85-86: 'Hoevele bezitsactiën kent onze wet? Ik geloof dat er in ons burgerlijk recht geen vraag aan te wijzen is beroemder dan deze. Toch is haar beroemdheid niet evenredig aan haar belang, dat hoofdzakelijk hierin bestaat, dat zo artikel 606 een andere actie inhoudt dan art. 618, de, voor de in het eerste wetsvoorschrift worstelende rechtsvordering, geschreven artikel niet voor de actie van art. 618 zouden gelden. Verder kan men betwijfelen of artikel 619 wel een eigenlijke bezitsactie is en volhouden dat hier een rechtsvordering die iedere houder toekomt bedoeld is. Derhalve kan het antwoord op de beroemde vraag luiden: drie (n.l. art. 606, 618 en 619); twee (n.l. de artikelen 606 en 618 behandelen dezelfde actie en artikelen 618 geeft de tweede) of één (n.l. de artikelen 606 en 618 behandelen dezelfde actie en artikelen [lees: artikel, *HHR*] 618 is geen bezitsactie). Vgl. Pitlo/Brahn 1980, p. 109: 'Houdt art. 619, dat een rechtsvordering geeft bij gewelddadig verlies, een bezitsactie in of is dit een houdersactie, een actie uit onrechtmatige daad? Ook hierover is men het niet eens. Hieronder komen wij op een en ander nader terug. Hier zij het voldoende, dat wij constateren, dat sommigen slechts één bezitsactie kennen: art. 606; anderen twee bezitsacties kennen: 606 en 618 – of 606 en 619; en dat er ook geleerden zijn, die drie bezitsacties in ons recht kennen: 606, 618, 619.' Het is opmerkelijk dat zowel Vuye als Pitlo/Brahn en Veegens/Oppenheimer geen bronnen geven. Vuye's observatie over de academische disputatio in Nederland krijgt een bijzondere lading wanneer we haar vergelijken met een latere observatie over de Belgische rechtsleer: 'Met een zeldzame eensgezindheid oordeelt de Belgische rechtsleer dat art. 1370 Gerechtelijk Wetboek twee bezitsvorderingen kent: de complainte (ook 'klachte' genoemd) en de reïntegranda.' Vuye & Stijns 2005, p. 163.

werp, dan wel het OBW, ook bezitsacties *buiten* deze titel kent. Voor zover mij bekend is deze vraag nog niet eerder aan de orde gesteld. Ik beantwoord haar bevestigend: ik meen buiten de bezittitel twee voorschriften aan te treffen die beogen bezit te beschermen.

Het eerste voorschrift lijkt niet van groot praktisch belang, maar ik vermeld het toch omdat ik er een echo van het *mandament van inmissie* in zie. Het tweede voorschrift is van veel groter belang omdat het betrekking heeft op de bescherming van roerende zaken, dus op een bescherming van zaken die, zoals we hierboven zagen, zoveel mogelijk buiten de bezittitel is gehouden.

De terugkeer van het mandament van inmissie

Het eerste voorschrift buiten de bezittitel stamt uit het erfrecht en het is ingevoerd nadat België zich in 1830 had afgescheiden van het Koninkrijk. Zoals ik hierboven uiteenzette, hadden met name de Belgen bij de totstandkoming van het Ontwerp BW de wenselijkheid benadrukt van een bezitsverkrijging van rechtswege door de erfgenamen en legatarissen, volgens de stelregel dat de dode de levende in het bezit stelt, *le mort saisit le vif*. Bij een keuze voor deze wijze van verkrijging bestaat geen behoefte aan een andere variant, zoals de formele inbezitting door de rechter, welke in onze contreien wel bekend stond als het *mandament van inmissie*.¹¹³⁸ Het BW1830 bevatte de stelregel dat de dode de levende in het bezit stelt en deze regel is de hoofdregel van het OBW. Maar door een aanpassing van de titel *van de afwezigheid* in het BW1830 is toch een variant van het *mandament van inmissie* opgenomen in het OBW.¹¹³⁹ De wetgever achtte namelijk bij afwezigheid van een erfgenaam of legataris een verkrijging van rechtswege van de nalatenschap op de opvolgende erfgenamen of legatarissen niet wenselijk. Voor de verkrijging van het bezit van de nalatenschap eiste hij rechterlijke inmenging, zoals Voorduin hieronder uiteenzet:

Artikel 590 van het aangenomen wetboek¹¹⁴⁰ had daaromtrent eenvoudig beschikt, dat zodanige nalatenschappen zouden overgaan op hen, die tot dezelve zouden

¹¹³⁸ Vgl. hierboven p. 268 e.v., p. 279 e.v.

¹¹³⁹ Voorduin 1837 (I,1), p. 385: 'De achttiende titel: van de afwezigheid, uit het Franse wetboek, met enige verbeteringen, in het Nederlandse overgenomen, heeft bij de herziening, tot onderscheidene gewichtige bedenkingen aanleiding gegeven; en na een rijpe overweging, heeft men vermeend, die gehele titel te moeten omwerken, hoezeer de meeste en voornaamste bepalingen, bij het nieuwe opstel zijn bijbehouden.'

¹¹⁴⁰ Zie Voorduin 1837 (I,1), p. 392, noot 2: 'Art. 590 (B.W. 1830) is gelijk aan art. 23 der wet van 28 Maart 1823, S.B. N^o. 13, gewijzigd door de wet van 15 Mei 1829, S.B. N^o. 20, en luidde dus: «Alle nalatenschappen, ten behoeve van eenen persoon opgekomen, van wien men niet weet of hij in leven is, zullen overgaan op hen, die tot dezelve zou-

geroepen zijn, indien de afwezige overleden was, zonder dat zij verplicht zouden wezen, deszelfs overlijden te bewijzen. Dit is te onbestemd voorgekomen; het vermoeden van overlijden was daarbij te volstrekt, zonder het echter te noemen, aangenomen; geene rechterlijke uitspraak, geen voorafgaand onderzoek werd er gevorderd *en de wetsbeschikking bepaalde zich niet tot een inbezitstelling, maar gaf een 'werkelijke overgang van recht* [cursivering, HHR]. Dit is bij artikel 28 van het ontwerp¹¹⁴¹ veranderd, als waarbij nu bepaald wordt, dat zodanige nalatenschap, wel door degenen, die bij gebreke van de afwezige zouden zijn gerechtigd zijn, of met hem zouden moeten delen, *kan worden in bezit genomen* (cursivering Voorduin), zonder dat zij vooraf, deszelfs overlijden behoeven te bewijzen; *maar de toestemming van des regters, is nodig geacht* [cursivering, HHR] (...)¹¹⁴²

Deze wijziging heeft zijn weg gevonden naar het OBW (art. 546). Ik laat dit voorschrift verder onbesproken.

De bezitsactie voor roerende goederen

De tweede bezitsvordering buiten de bezitstitel betreft roerende goederen. Het Ontwerp regelde de bescherming voor de bezitter van roerende zaken met een voorschrift dat het *WNH* al had overgenomen uit de *Code civil* (art. 2279).¹¹⁴³ De ontwerpers hebben dit voorschrift niet in de bezitstitel geplaatst, maar hielden de indeling van de *Code civil* aan zodat we het aantreffen in een titel over verjaring van rechtsvorderingen.¹¹⁴⁴

den zijn geroepen, indien die persoon overleden was, zonder dat zij zullen verplicht zijn, deszelfs overlijden te bewijzen.»

¹¹⁴¹ Zie Voorduin 1837 (I,1), p. 392, noot 1: 'Art. 28 des ontwerps, en der wet van 16 Junij 1832, S.B. No. 42: Indien aan een' afwezige, wiens bestaan onzeker is, eene nalatenschap of een legaat opkomt, waartoe, indien hij niet in leven ware, anderen zouden gerechtigd zijn, of waarin anderen met hem zouden moeten delen, kan zoodanige nalatenschap of legaat, of het gedeelte daarvan, door die anderen in bezit worden genomen, even als of zoodanig iemand overleden ware, zonder dat zij verplicht zijn deszelfs overlijden te bewijzen; zij moeten echter daartoe vooraf vergunning verkrijgen van de regtbank, waar het sterfhuis gevallen is, welke, des noods, openbare oproepingen kan bevelen, en, in dat geval, ten behoeve der belanghebbenden, de noodige behoedmiddelen voorschrijven.'

¹¹⁴² Voorduin 1837 (I,1), p. 406-407.

¹¹⁴³ Vgl. art. 1906 *WNH*, hierboven weergegeven in mijn noot 838. Zie ook de tekst bij noten 924 en 925.

¹¹⁴⁴ Zie over deze plaatsing hierboven, p. 230 e.v. Ik zie in deze Franse oorsprong ook de verklaring waarom men in het BW1830 het bewuste artikel (2018) opnam in de derde afdeling: 'Van de verjaring, beschouwd als een middel om van eene verplichting bevrijd te worden'. Deze plaatsing is ongewijzigd overgenomen in het OBW, zij het dat art. 2018 BW1830 is vernummerd naar art. 2014 OBW. Zie over de plaatsing ook mijn noot 870. Anders: Salomons 1990, p. 14, noot 21 die over de plaatsing van art. 2014 OBW opmerkt: Overigens heeft men er in de literatuur over dit onderwerp bij mijn weten

Het verdient opmerking dat, terwijl de Franse tekst ongewijzigd bleef, de ontwerpers de oorspronkelijke Nederlandse tekst van het voorschrift niet handhaafden. Aan die tekst lag kennelijk Van der Lindens vertaling van de *Code civil* ten grondslag: ‘bezit geldt in plaats van een titel’.¹¹⁴⁵ Maar later weken de ontwerpers van deze vertaling af, waardoor bezit gold als ‘volkomen titel’.¹¹⁴⁶

Art. 32 Ontwerp. ~~Omtrent~~ [doorhaling met zwarte inkt, *HHR*: *Met betrekking tot*] roerende goederen ~~de welke~~ [doorhaling met zwarte inkt, *HHR*: *die*] noch in renten bestaan ~~of~~ [doorhaling met zwarte inkt, *HHR*: *noch*] in inschulden welke niet aan toonder betaalbaar zijn, geldt het bezit ~~in plaats van eenen~~ [doorhaling met rode inkt, *HHR*: *als volkomen*] Tijtel. (...) ¹¹⁴⁷

Ik trof geen motivering aan voor deze wijziging. Daarenboven acht ik de toevoeging ‘volkomen’ naast ‘titel’ overbodig, op de gronden die ik hierboven uiteengezet heb.¹¹⁴⁸ Maar het is vooral het tweede lid van het voorschrift dat ons hier interesseert. Dat luidt:

[vervolg van art. 32 Ontwerp] Niettemin kan degeen, die iets verloren heeft, of aan wien iets ontstolen is gedurende drie Jaren, te rekenen van den dag, waarop het verlies of de diefstal heeft plaats gehad, ze [invoeging met zwarte inkt: als zijn eigendom [onderstreping, *HHR*] terug vorderen van den genen in wiens handen hij hetzelfde vindt, behoudens het verhaal van den laatstgemelden op den genen van wien hij het bezit [onderstreping, *HHR*] bekomen heeft.¹¹⁴⁹

Zoals uit het citaat blijkt werd ook de Nederlandstalige ontwerp tekst van het tweede lid aangepast, de Franse tekst bleef ongewijzigd.

nimmer aandacht aan geschonken dat art. 2014 is opgenomen in het boek over *bewijs* en verjaring. Indien de wetgever de bewijsrechtelijke functie van art. 2014 wilde benadrukken is de plaatsing in dit boek wel te verdedigen. Zeker is dan het artikel in een verkeerde titel opgenomen, maar het verdient aandacht, dat géén der titels over bewijs, gezien het opschrift van elk der bewijs-titels, zich leent voor opneming van de regel dat bezit van roerend goed het wettelijk vermoeden schept dat de bezitter eigenaar is.’

¹¹⁴⁵ Vergelijk Van der Lindens vertaling van art. 2279 Cc, hierboven geciteerd in mijn noot 916. Zie ook mijn noten 1019 en 1024.

¹¹⁴⁶ Zie hierboven, p. 247.

¹¹⁴⁷ Nationaal Archief, Den Haag, Algemene Staatssecretarie, nummer toegang 2.02.01, inventarisnummer 2076. Meijers 1935, p. XIII vermeldt dat men in het handschrift rode inkt gebruikte om wijzigingen aan te geven die door de Regering zijn aangebracht. Van de wijzigingen, meestal van redactionele aard, die met zwarte inkt zijn aangegeven kan hij niet aangeven of deze nog door de Commissie van Redactie of pas later op het departement zijn aangebracht.

¹¹⁴⁸ Zie § 2.2.4.

¹¹⁴⁹ Zie hierboven mijn noot 1147.

[vervolg van art. 32 Ontwerp] Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol contre celui dans les mains duquel il la trouve sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient.¹¹⁵⁰

Het valt eenvoudig vast te stellen dat de Nederlandstalige en Franstalige ontwerpteksten niet eensluidend zijn. Sterker nog, ik meen dat de teksten getuigen van een fundamenteel verschillende opvatting van het bezitsbegrip: de Franstalige tekst gaat uit van het *gewere*-rechtelijke *saisine*, de Nederlandstalige tekst van de Romeinsrechtelijke *possessio*. Er is dus letterlijk sprake van een scheiding der geesten.

Het is bekend dat we de Franstalige tekst als de oorspronkelijke ontwerp-tekst dienen te beschouwen.¹¹⁵¹ We mogen aannemen dat de ontwerpers de tekst ontleenden aan de *Code civil*: hij komt nagenoeg woordelijk overeen met de tekst van het corresponderende voorschrift uit het Franse wetboek.¹¹⁵² Het Nederlandstalige ontwerpvoorschrift wijkt hier dus van af. Dat springt nog scherper in het oog wanneer we de Nederlandstalige ontwerptekst vergelijken met de eerdere vertaling van Van der Linden van het voorschrift uit het Franse wetboek (2279 Cc):

Niettemin kan hij, die iets verloren heeft, of wien iets onttolen is, dat verlorene of onttolene gedurende drie jaren, te rekenen van den dag, dat het verlies of de diefstal heeft plaats gehad, reclameren van den genen, in wiens handen hij het vindt; behoudens aan den laatstgemelden zijn verhaal op den genen, van wie hij het bezit bekomen heeft.¹¹⁵³

Het Franstalige ontwerpvoorschrift kent een vordering toe aan degene die zijn heerschappij over een zaak is kwijtgeraakt door verlies of diefstal. Het onderscheidt niet tussen de rechtsposities die het Romeinse recht indeelde als louter houderschap en bezit, maar ziet op ‘onvrijwillig bezitsverlies’. De formulering sluit niet uit dat iemand die het Romeinse recht aanmerkte als

¹¹⁵⁰ Nationaal Archief, Den Haag, Algemene Staatssecretarie, nummer toegang 2.02.01, inventarisnummer 2076.

¹¹⁵¹ Zie hierboven p. 271.

¹¹⁵² Voor het gemak van de lezer vermeld ik nogmaals lid 2 van art. 2279 Cc: Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient.

¹¹⁵³ Van der Linden & d’Engelbronner 1810, p. 479-480. Zie ook hierboven mijn noot 915.

houder (detentor) de rechtsregel in kan roepen.¹¹⁵⁴ Ik heb hierboven betoogd dat het voorschrift stamt uit het *gewere*-recht en dat we het erin gehanteerde bezitsbegrip moeten opvatten als *saisine*.¹¹⁵⁵

Het Nederlandstalige voorschrift kent door de aangebrachte invoeging alleen een vordering toe aan degene die zijn *eigendom* is kwijtgeraakt door verlies of diefstal. Het ligt voor de hand om de verklaring voor deze woordkeuze te zoeken in de vertaling van het Franse woord ‘revendiquer’. Romeinsrechtelijk geschoolde juristen zullen begrijpen waarom de vertaler het woord in verband bracht met de eigendomsvordering: het woord is immers de juridisch-technische uitdrukking daarvoor.¹¹⁵⁶ Maar het Latijnse woord *reivindicatio* heeft ook een neutralere betekenis: het opeisen van een zaak. En hetzelfde geldt voor het Franse werkwoord dat hiervan is afgeleid, *revindiquer*. Van Dale geeft voor dit woord als eerste suggestie: ‘opeisen, aanspraak maken op’.

Ik meen dan ook dat de wijziging in het tweede lid ten onrechte is aangebracht. Voor een goed begrip van de strekking van het voorschrift is het beter de wijziging van de wettekst van het OBW zo te interpreteren dat zij overeenkomt met de grondtekst. Daarmee bereiken we drie doelen. Ten eerste correspondeert dan de Nederlandstalige tekst van het tweede lid volledig met de oorspronkelijke Franse tekst. Ten tweede sluiten zo beide leden van het voorschrift beter op elkaar aan. Tenslotte wordt zo verduidelijkt dat de bescherming van het voorschrift haar grondslag vindt in het *gewere*-recht en niet in het Romeinse recht. Die vaststelling is van belang omdat pogingen om het voorschrift Romeinsrechtelijk te duiden alleen maar verwarring hebben gesticht.¹¹⁵⁷

¹¹⁵⁴ Zie in dit verband ook het tweede lid van het huidige art. 2278 Cc (voorheen 2282): La protection possessoire est pareillement accordée au détenteur contre tout autre que celui de qui il tient ses droits. Hierover nader Vuye 1995, p. 133 e.v. (nr. 124 e.v.).

¹¹⁵⁵ Zie hierboven p. 223 e.v.

¹¹⁵⁶ Het oude voorschrift werd trouwens al Romeinsrechtelijk geduid tijdens de totstandkoming van de Code civil, zie het citaat bij Fenet 1836 (XV), p. 609 van de bespreking in het Wetgevend Lichaam door tribuun Goupil de Préfeln: ‘Les meubles se transmettent par la seule tradition: ainsi en fait de meubles la possession vaut titre. Mais si le meuble a été perdu ou volé, le propriétaire [cursivering, HHR] pourra le revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui qui en est saisi, sauf le recours de ce dernier sur celui duquel il le tient. Ce délai est le même que celui que la législation actuelle établit pour prescrire les actions criminelles, correctionnelles ou de la police, si pendant ce temps il n’a été aucune poursuite.’ Vergelijk voor het Nederlandse recht bijv.: Van Oven 1908 (WPNR # 2016), p. 420: ‘Uitgezonderd dan voor het geval van art. 2014 1.2. Daar herleeft het oude Romeinse systeem weer en daar ontstaat ook weer een verjaringstermijn.’; Meijers 1927 (WPNR # 3026), p. 896: ‘Deze uitzonderingen zijn hierop merkwaardig omdat zij allen in strijd zijn met het beginsel en de grondgedachte van de spreuk, hoeveel moeite Bourjon ook doet om ze te rechtvaardigen. Ze zijn allen gevormd op Romeinsrechtelijke basis (...)’.

¹¹⁵⁷ Vgl. van Oven 1908 (WPNR # 2016), p. 417 e.v.: ‘Wanneer heeft men volgens het Burgerlijk Wetboek eigendom van roerend goed? Wonderlijk verschijnsel! Er is geen

§ 5 Samenvatting en conclusies

In de inleiding noemde ik voor dit hoofdstuk als doelstelling het bieden van een chronologisch overzicht van de wijze waarop de bezitsregeling en –bescherming is geregeld in de codificaties die voorafgingen aan ons huidige BW en het uiteenzetten van de beleidskeuzes die daarbij door de respectievelijke wetgevers zijn gemaakt. Deze doelstelling werd uitgewerkt in vier paragrafen.

Paragraaf 1 richt zich op twee invloeden die de vormgeving van de bezitsregeling en -bescherming van de *Code civil* en het OBW in hoge mate hebben bepaald en daarom afzonderlijke bespreking verdienen.

Paragraaf 1.1 heeft als onderwerp Pothiers *Traité de la Possession* omdat deze verhandeling grote invloed heeft uitgeoefend op de bezitsregelingen van de wetboeken. Pothier grondt zijn beschouwingen op het Romeinse recht. Hij ontkent dat er onderscheid bestaat tussen het Romeinsrechtelijke bezitsbegrip en de *saisine*.

Pothier omarmt de Germaansrechtelijke stelregel *le mort saisit le vif*, maar probeert haar te gronden op principes uit het geleerde recht. Pothier onderscheidt scherp tussen bezit en houderschap. Bezit kan zich volgens hem slechts voordoen in twee vormen: civiel bezit en natuurlijk bezit. Natuurlijk bezit moet niet verward worden met houderschap: Pothier waarschuwt zelfs nadrukkelijk dat men houders niet als bezitter moet aanmerken. Deze opvatting brengt mee dat houders geen bezitsbescherming kunnen invoeren en civielrechtelijk voor de bescherming van hun feitelijke heerschappij afhankelijk zijn van degene met wie zij een rechtsbetrekking hebben.

Naast de specifiek op de kerk gerichte *complainte en matière de bénéfices* noemt Pothier twee rechtsmiddelen die aan iedere bezitter toekomen: het zijn de *complainte en cas de saisine et nouvelleté* en de *action de réintégrande*. Hoewel deze namen vertrouwd aandoen, is een waarschuwing op zijn plaats: door Pothiers gerichtheid op het Romeinse recht denatureert hij de van oorsprong

vraag die zoo weinig stellig te beantwoorden is als deze. (...) Er is bijna niemand onder ons die met volstrekte zekerheid kan volhouden dat “omnium” consensu een roerend goed hem toebehoort; bijna steeds zal men hem een of andere theorie over den eigendom van roerend goed kunnen tegenwerpen, waardoor hem de zalige zekerheid dat hij en geen ander eigenaar is, wordt ontnomen. (...) ... bij roerend goed is dat alles weer in een wolk van vaagheid gehuld. Ik weet niet van wien ik het mag terugvorderen en in welke gevallen: of die beperkt zijn tot diefstal en verlies, dan wel of ik ook na vitieuze traditie mag opeischen. Ik weet niet eens of ik wel een eigendomsactie heb tegen de man die voor mij houdt! Op al deze vragen, wanneer ik hare beantwoording in de wet zoek, antwoordt de wet mij slechts één ding, alsof daar heel de stof mee was uitgeput: “bezit geldt als volkomen titel.” (...)’ Zie voor het vervolg van het citaat hierboven mijn noot 840.

saisine-rechtelijke acties: er is inhoudelijk sprake van ‘nieuwe wijn in oude zakken’. De *complainte en cas de saisine et nouvelleté* dient ter bescherming van het bezit van onroerende zaken, van *quasi*-bezit en algemeenheden van roerende goederen. Pothier stelt de bezitsactie gelijk aan het interdict *uti possidetis*.

Deze aanpak heeft drie belangrijke consequenties. Ten eerste krijgt een grotere groep bezitters toegang tot de actie. Het valt op dat Pothier voor bezitsverkrijging náást *corpus* en *animus* de oorspronkelijke eis van bezit van ‘jaar en dag’ handhaaft. Hierdoor vermengt hij een element van het *saisine*-recht met het interdictenrecht waardoor een geheel nieuwe regel ontstaat. De tweede consequentie van de gelijkstelling van de *complainte* aan het interdict *uti possidetis* is dat bloot-houders worden uitgesloten van deze actie. Het derde gevolg vloeit voort uit de opname in de *complainte* van het verweer van gebrekkig bezit. Hierdoor kan de voormalige bezitter ongestoord eigenrichting plegen tegen degene die jegens hem gebrekkig bezit: het *saisine*-recht kende hem deze bevoegdheid niet toe.

De andere bezitsvordering die toekomt aan iedere bezitter is de *action de réintégrande*. Deze actie wordt door Pothier vergeleken met het interdict ‘Vanwaar met geweld’, *unde vi*. Hoewel hij de canoniekrechtelijke stelregel aanhaalt dat het geroofde voor alles teruggeven moet worden, beschouwt hij de *réintégrande* niet als een canoniekrechtelijk rechtsmiddel, maar als een afsplitsing van de *complainte*. Het denatureren van het rechtsmiddel stelt hem in staat om er de interdictenregels op toe te passen. Een van die regels is het uit het *interdictum unde vi* afkomstige vereiste dat het rechtsmiddel binnen het jaar moet worden ingesteld. Pothier gaat voorbij aan het feit dat de *réintégrande* van het middeleeuwse canonieke recht een verjaringstermijn kende die langer was dan één jaar.

Ik kom tot de slotsom dat Pothier de verschillen tussen de *réintégrande* en het *interdictum unde vi* volledig probeert weg te poetsen. Het Franse recht heeft het *interdictum utrubi* voor roerende zaken niet overgenomen: bij geschillen over roerende zaken stelt men volgens Pothier onmiddellijk de eigendomsactie in.

Paragraaf 1.2 behandelt de invloed die de vrederechters op de bezitsbescherming hebben uitgeoefend. De Franse *Code civil* en *Code de procédure civile* bevatten weinig voorschriften over bezitsbescherming, terwijl de bezitsdefinitie geplaatst is in de titel over verjaring. Ik zie de verklaring hiervoor gelegen in het feit dat de Franse wetgever bezitskwesties al in 1790 heeft toevertrouwd aan de vrederechters. Het opvallendste kenmerk van de oorspronkelijke vrederechter is dat hij in zijn oordeel over burgerlijke zaken niet aan de wet gebonden was, maar naar billijkheid mocht beslissen. Voor de wetgever bestond er dus simpelweg geen noodzaak om een uitgebreide uitwerking van bezit en de

bescherming daarvan op te stellen. Dat lag anders bij bezit in het kader van verjaring, omdat de wetgever eigendomskwesaties met opzet buiten de bevoegdheid van de vrederechter heeft gehouden.

Het ambt van vrederechter is ook in Nederland ingevoerd. Lévy en Castaldo merken de overheveling van bezitsacties naar de vrederechter in Frankrijk aan als een ‘declassering’ van deze acties. Een verval schijnt zich eveneens te hebben voorgedaan in de Lage Landen. Als oorzaken wijs ik met name aan de dejuridisering van de rechtsgang bij de vrederechter, het hiermee verband houdende verlies van juridische relevantie van de bezitsacties en het gegeven dat de wetsgebondenheid van appelrechters een belemmering vormde voor het bereiken van eenheid van rechtspraak in bezitskwesaties.

Ik kom tot de slotsom dat men de overheveling van de bezitsacties naar de vrederechter inderdaad mag beschouwen als een ‘declassering’. Ik betwijfel of de rechtsleer, de rechtspraak en de wetgever voor wat betreft de bezitsregeling en -bescherming ermee gediend zijn geweest.

Paragraaf 2 stelt de bezitsbescherming van het WNH centraal. De vier subparagrafen behandelen de bezitsregeling, de bezitsbescherming van roerende en die van onroerende goederen en de positie van de houder.

Paragraaf 2.1 heeft als onderwerp de bezitsregeling van het WNH. Die bezitsregeling wijkt af van zowel het OVL als van de *Code civil*. Het WNH omschrijft het begrip ‘bezitter’ in plaats van ‘bezit’. Het bezitsbegrip van het WNH is gebaseerd op de strakke scheiding tussen bezitter en houder van het Romeinse recht. Bezit vererft niet: het WNH verschilt van de *Code civil* en het latere OBW omdat het géén voorschrift bevat dat het bezit van de erfflater van rechtswege overgaat op zijn erfgenaam of legataris. Het WNH maakt onderscheid tussen het bezit van onroerende zaken en rechten en het bezit van roerende goederen.

Paragraaf 2.2 behandelt de bescherming van het bezit van roerende goederen. Het WNH verleent de bezitter daarvan een sterke rechtspositie: zij kan alleen ontkracht worden met een beroep op onvrijwillig bezitsverlies en dan nog alleen binnen drie jaar na de dag van het verlies of de diefstal. In alle andere gevallen geldt de regel: ‘Met betrekking tot roerende goederen, geldt het bezit voor een volkomen titel’. Deze regel is een variant op die uit de *Code civil*. De bewoordingen waarin de regel is vervat zijn, op het eerste gezicht, verre van duidelijk. Ik betoog dat de sleutel voor het begrip niet in het Romeinse recht ligt, maar in het gewoonterecht met betrekking tot de *saisine*. Het *saisine*-recht beschermde roerende goederen oorspronkelijk met het rechtsmiddel van de *complainte en cas de saisine et nouvelleté*. Maar naarmate de *complainte* steeds meer vereenzelvigd werd met het Romeinse interdict voor onroerende zaken ontviel de bescherming voor roerende goederen. Voor de bescherming daarvan

moest men toen een oplossing zoeken. In deze ontwikkeling zie ik de reden gelegen voor de introductie van de aan Bourjon ontleende stelregel dat bezit geldt als titel, *possession vaut titre*.

Salomons onderzocht de wijze waarop Bourjon het woord ‘titel’ gebruikt aan de hand van begrippen uit het Romeinse recht. Dit leidde hem tot de conclusie dat Bourjon het woord niet eenduidig gebruikt. Het lijkt mij echter juist om het begrip in te vullen met behulp van het *saisine*-recht. Wielant gebruikt in zijn uiteenzetting van het *saisine*-recht het woord ‘titel’ als synoniem voor *saisine*. Wanneer we hem volgen, vallen de puzzelstukjes op hun plaats. Dan betekent de uitdrukking ‘*en fait de meubles, la possession vaut titre*’ niets anders dan: bij roerende goederen geeft bezit *saisine*. Alleen wie het goed onvrijwillig verloren heeft, is dan in staat om – binnen de verzwijgingstermijn – het juridische pantser van de bezitter te doorbreken. De herleiding van de regel naar het *saisine*-recht levert verder een bevredigende oplossing voor het probleem van de verhouding tussen bezit en eigendom. Gezien Bourjons uitspraak dat bij deze regel verjaring van geen enkele betekenis is, is de plaatsing van deze regel in de afdeling ‘Enige bijzondere verjaringen’ van de *Code civil* merkwaardig. Maar krachtens het *saisine*-recht kan iemand zijn *gewere* alleen met zijn instemming verliezen. En dat betekent dat de bezitter ten aanzien van een degene die het bezit verloren heeft nog steeds aan het verjaren kan zijn. Voor die verjaring acht ik de term ‘verzwijging’ beter op zijn plaats dan termen als ‘verkrijgend’ of ‘bevrijdend’. Na de verzwijgingstermijn wordt het oorspronkelijke kwetsbare bezit omgezet in een *rechte gewere*. Tot die tijd kan degene die het goed tegen zijn zin verloren heeft de huidige bezitter aanspreken op zijn verbintenis om het goed aan hem af te geven. Deze voorstelling verklaart ook waarom we het voorschrift in de Franse *Code* aantreffen temidden van andere voorschriften over personen die hun rechtsvordering op tijd moeten instellen, willen zij deze niet door verjaring teniet zien gaan.

De wetgever van het WNH is afgeweken van de *Code civil* door het woord ‘volkomen’ in het voorschrift toe te voegen. Welk oogmerk heeft hij hierbij gehad en welke betekenis moet aan die toevoeging worden toegekend? Bij gebreke aan bronnen besprak ik vier grammaticale verklaringen. In de eerste plaats is het mogelijk de toevoeging in verband te brengen met het bewijsrecht: het zou dan een volledige bewijsontheying inhouden van het titelvereiste. In de tweede plaats kan men de toevoeging in verband brengen met *saisine*: de combinatie zou dan duiden op de *rechte gewere*. Een derde mogelijkheid is het lezen van ‘volkomen titel’ als ‘volkomen eigendom’. Tenslotte kan is het niet uitgesloten dat een betweterige wetgevingsjurist heeft gemeend zijn Franse collega’s te moeten verbeteren door de zinsnede ‘volkomen’ aan hun voorschrift toe te voegen. Ik acht dit nog de meest aannemelijke verklaringen, de andere

drie heb ik gemotiveerd afgewezen. Mijn onderzoek leidt me tot de conclusie dat er geen bevredigende reden bestaat voor de toevoeging en ik houd haar daarom voor overbodig. De rechtsregel van het WNH verschilt mijns inziens dus inhoudelijk niet van die van de *Code civil*.

Paragraaf 2.3 behandelt de bezitsbescherming van onroerende goederen. Ook hiervoor kent de regeling van het WNH een eigen opzet, die simpeler overkomt dan die van het OVL, dat op het Romeinse recht gebaseerd was. Het WNH verschilt van het OVL omdat het geen enkele uitzondering erkent op het verbod van eigenrichting. Deze regeling sluit nauw aan bij De Groot's zienswijze op bezitsbescherming en kan herleid worden naar het *gewere*-recht. Ze bevat verder een uitdrukkelijke verwijzing naar de in de canoniekrechtelijke *actio spoli* vervatte regel dat het geroofde voor alles teruggegeven moet worden. Ik kom dan ook tot de slotsom dat in het WNH het bezit van onroerende goederen beschermd wordt door voorschriften die we kennen uit het *saisine*-recht, hoewel het bezitsbegrip in de titel *Bezitregt* is gebaseerd op het Romeinse recht.

Paragraaf 2.4 behandelt de positie van de houder. Het WNH maakt de houder juridisch afhankelijk van de bezitter: hij beschikt niet over eigen bezitsacties. De wettelijke vastlegging voltooit het proces dat Hugo de Groot al voorstond.

Paragraaf 3 werkt de bezitsbescherming in de *Code civil* uit in zes subparagrafen.

Paragraaf 3.1 heeft als onderwerp de bezitsregeling van de *Code civil*. De bezitsvoorschriften bevinden zich bijna allemaal in het derde boek in titel XX: 'Van verjaring'. De bezitsomschrijving en veel van wat er verder in het wetboek over bezit wordt bepaald is overgenomen uit Pothiers *Traité de la Possession*. In de eerste paragraaf van dit hoofdstuk wees ik al op het gegeven dat Pothiers Romeinsrechtelijke oriëntatie terug te vinden is in de vormgeving van de bezitsregeling.

Paragraaf 3.2 stelt de afwezigheid aan de orde van een regeling van bezitsbescherming voor onroerende goederen. Eerder wees ik al op het feit dat de wetgever hieraan voorbij is gegaan omdat aan een wettelijke regeling geen behoefte bestond door de toekenning van bezitsacties aan de wetsongebonden vrederechter.

Paragraaf 3.3 beschrijft de regeling van bezitsbescherming voor roerende goederen. Ik trof één wetsvoorschrift aan dat bezitsbescherming bood: het artikel dat bepaalt dat met betrekking tot roerende goederen het bezit geldt als titel. Ik verwijs daarvoor naar mijn behandeling van het voorschrift in de paragraaf *Bezitsbescherming in het WNH*.

Paragraaf 3.4 heeft als onderwerp de bezitsovergang ten gevolge van de regel *le mort saisit le vif*. Deze regel vond ingang in de *Code civil*. Een wettige

erfgenaam of legataris beschikt daardoor over dezelfde bezitsvorderingen als die waarover zijn erflater beschikte.

Paragraaf 3.5 gaat nader in op de regeling van bezitsbescherming in de *Code de procédure civile*. Naar aanleiding van kritiek van de wetgevingssectie van het Tribunaat hebben de samenstellers van dit procesrechtelijke wetboek een vierde titel met enige regels toegevoegd over bezitsvorderingen. Hun inspiratiebron was de koninklijke ordonnantie van 1667 en daaruit hebben ze vijf artikelen geformuleerd. Ik acht het spijtig dat hun ontwerpwetgeving niet is besproken in het Wetgevend Lichaam. Doordat de titel zonder discussie is aangenomen komt niet uit de verf waarom de ontwerpers in een titel over de vrederechter artikelen hebben opgenomen die niet tot hem lijken te zijn gericht.

Paragraaf 3.6 behandelt de positie van de houder in de *Code civil*. Voor hem geldt eigenlijk hetzelfde als voor de houder in het WNH: omdat de bezitsdefinitie van de *Code civil* via Pothier terug te voeren is op het Romeinse recht, heeft de houder geen wettelijk bezit. Hierdoor wordt hij uitgesloten van bezitsbescherming en heeft hij alleen een verbintenisrechtelijke aanspraak tegen zijn contractspartner. Inmiddels heeft de Franse wetgever de bezitsbescherming ook uitgebreid naar de bloot-houder, maar deze recente wijziging valt buiten het bestek van mijn onderzoek.

Paragraaf 4 werkt de bezitsbescherming in het OBW uit in vier subparagrafen.

Paragraaf 4.1 behandelt de grondwettelijke opdracht om de *Code civil* te vervangen. De Grondwet van 1814 bepaalde in het honderdste artikel dat er een nieuw, nationaal Burgerlijk Wetboek moest komen. Een keuze voor een volledig nieuw wetboek zou op de nodige obstakels stuiten. De commissie die het ontwerp moest opstellen toonde zich daarom aanvankelijk voorstander van het nemen van het WNH als grondslag voor haar ontwerp. Dat uitgangspunt werd echter heroverwogen en losgelaten na ontvangst van een Koninklijk Besluit. De commissie meende uit de bewoordingen te kunnen opmaken dat Willem I een *oorspronkelijk Nederlands wetboek* wenste. Op grond van deze overwegingen verzocht de commissie het lid Kemper om een nieuw ontwerp te vervaardigen. Kemper baseerde het zogeheten Ontwerp 1816 met name op voorschriften uit het Rooms-Hollandse recht.

Paragraaf 4.2 bespreekt de regeling van bezitsbescherming in het Ontwerp 1816. Dit ontwerp verschilde van de *Code civil* omdat het een uitgebreide bezitsregeling kende. Opmerkelijk is dat Kemper daarin houders aanmerkt als bezitter ‘in de ruimste zin’ en hen op grond daarvan bezitsbescherming toekent. Hij noemt de ‘posfesoire regtsvordering’ die dit moet bewerkstelligen helaas niet bij naam. Op grond van haar karakteristieken kom ik tot de slotsom dat de basis voor deze vordering het *mandament van spolie* moet zijn geweest. Het Ontwerp 1816 heeft nooit kracht van wet gekregen. Na de hereniging van de

noordelijke en zuidelijke Nederlanden maakte een driekoppige commissie bij Koning Willem I bezwaar tegen het Ontwerp: zij achtte dit teveel gebaseerd op een aan het zuiden wezensvreemd Noord-Nederlands recht.

Paragraaf 4.3 bespreekt de bezitsbescherming in het Ontwerp 1820. De Belgische commissie toonde zich voorstander van een bewerking van de *Code civil*. Koning Willem I weigerde dit echter in overweging te nemen. Naar aanleiding van kritiek geuit door de commissie en in de Raad van State werd echter wel het Ontwerp 1816 iets gewijzigd en in 1820 aan de Tweede Kamer aangeboden. In dit zogeheten Ontwerp 1820 handhaafde Kemper de plaatsing van de titel *Van Bezitregt*. De in deze titel aangebrachte wijzigingen zijn van ondergeschikte betekenis. Kemper handhaafde het voorschrift dat de houder bezitsbescherming verleende. De Belgische commissie had zich uitgesproken voor uitsluiting van de houder en bovendien voor beperking van de bezitsbescherming tot onroerende zaken. Zouden deze wijzigingen doorgevoerd zijn, dan zou de bezitsactie overeenkomen met de *réintégrande*, zoals die door Pothier beschreven is. Het Ontwerp kende drie bezitsvorderingen: het *mandament van spolie*, het *mandament van maintenue* en het *mandament van inmissie*. Het Ontwerp nam niet over de regel van de *Code civil* dat het bezit uit nalatenschappen van rechtswege overging, maar achtte daarvoor aanvaarding van de verkrijger nodig. Kemper honoreerde niet de wens van de Belgische commissie om de Franse regel over te nemen.

Paragraaf 4.4 bespreekt de omwerking van het Ontwerp 1820 tot het OBW. De Tweede Kamer heeft het Ontwerp 1820 namelijk niet in zijn oorspronkelijke redactie aangenomen. Toen in 1821 de besprekingen van het Ontwerp 1820 in de Kamer aanvingen, bleek dat een meerderheid van de leden de voorkeur gaf aan een bewerking van de *Code civil*. De regering heeft toen de voorschriften van het Ontwerp 1820 prijsgegeven en bij KB een Commissie van Redactie in het leven geroepen die belast werd met het opstellen van geredigeerde ontwerpen. Het overgrote deel van de leden van deze Commissie bestond uit gematigde tegenstanders van het Ontwerp 1820 uit de Zuidelijke Nederlanden en zij namen al spoedig de leiding geheel in handen.

De Commissie schoof inhoudelijk het Ontwerp 1820 terzijde, maar het geraamte ervan, de indeling van de stof bleef de basis vormen voor haar ontwerp-BW. De handhaving van het geraamte van Kemper en de invulling daarvan met nieuwe, in de Franse taal opgestelde voorschriften stichtten spraakverwarring in de bezitstitel. De Nederlandse vertalingen zijn niet altijd zorgvuldig uitgewerkt: wie zin en achtergrond van de voorschriften wil achterhalen kan het beste de Franse teksten als uitgangspunt nemen. De Commissie koos niet voor een artikelsgewijze waardering van de voorschriften van het Ontwerp 1820, maar voor een aanpak met ‘vraagpunten van stellig recht’.

De antwoorden op deze vraagpunten verschaften haar de rechtvaardiging naar de Koning voor het omwerken en vercodeciviliseren van het Ontwerp 1820.

Voor de bezitsregeling zijn met name twee vraagpunten van belang. Vraagpunt nummer 7 betrof de noodzakelijkheid van een bezitstitel en de noodzaak voor het onderscheid tussen burgerlijk en natuurlijk bezit. Omtrent de inhoud van deze begrippen heeft verwarring geheerst. De Tweede Kamer heeft in haar antwoord nagelaten duidelijke instructies aan de Commissie van Redactie te geven en verschafte haar aldus de nodige vrijheid van handelen. Ook de Koning verstrekke geen specifieke aanwijzingen. De Commissie lijkt aanvankelijk onzeker te zijn over het antwoord op de vraag wat aan te vangen met het natuurlijk bezit. In de eindredactie is dit bezit verwijderd waardoor de bezitstitel slechts burgerlijk bezit kent. Vraagpunt nummer 23 betrof de vraag of in het erfrecht het beginsel aangenomen moest worden dat de levende van rechtswege in de plaats van de overledene treedt. In mijn onderzoek beperkte ik mij tot de toepassing van het beginsel op het bezit van de erflater. De Tweede Kamer kwam niet met een eenstemmige zienswijze op dit vraagpunt. Na een herformulering van de vraag door de Commissie van Redactie stemde de meerderheid in Comité-generaal voor aanvaarding van het beginsel *le mort saisit le vif*. Hiermee werd ten aanzien van erfopvolging de *gewere*-rechtelijke opvatting van bezitsverkrijging van rechtswege omarmd. Deze opvatting verhoudt zich slecht met de Romeinsrechtelijke regel dat men bezit verkrijgt door *corpus* en *animus*. Deze regel vond eveneens ingang vond in het ontwerp wel als hoofdregel! Mijns inziens staan deze voorschriften op gespannen voet met elkaar.

De vraag welke beginselen de Commissie van Redactie aan de bezitstitel ten grondslag heeft gelegd is naar mijn mening bevredigend beantwoord door Kappeyne van de Copello. Hij wijst Tweede Kamerlid Nicolaï aan als opsteller van de bezitstitel. Door de voorschriften te plaatsen naast paragrafen uit Pothiers *Traité de la possession* stelt hij buiten twijfel dat dit werk de hoofdbron voor de nieuwe bezitstitel is geweest. De uitwerking van de bezitstitel door de Commissie van Redactie verdient naar mijn mening geen schoonheidsprijs. Pothier was al aan het schipperen om het inheemse en canonieke recht in te passen in een Romeinsrechtelijk keurslijf, maar de Commissie en in haar kielzog de wetgever hebben verder onheil gesticht door ook nog eens te gaan schipperen tussen Pothier en voorschriften uit het inheemse recht: ze hebben Pothier namelijk niet steeds gevolgd, maar zijn op een aantal punten van hem afgeweken, in het bij de regeling van de bezitsacties. Dit uit zich met name in de verschillen tussen de twee bezitsacties die Nicolaï in zijn Toelichting benoemt: de *maintenue* en de *réintégrande*. Nicolaï benadrukt vooral het belang van de *maintenue*, die inhoudelijk geïnspireerd is door Pothiers beschrijving van de *complainte* voor bezitshandhaving bij een geweldloze storing. De Commissie werkte de *maintenue* uit in twee voorschriften, waarbij zij het van belang achtte of de aanvrager slechts

was gestoord, dan wel volledig, maar zonder geweld uit zijn bezit was gezet. De *réintégrande* is de andere door Nicolaï genoemde bezitsactie. In navolging van Pothier vergelijkt Nicolaï haar met het *interdictum unde vi*, ook hij veronachtzaamt de canoniekrechtelijke wortels van de actie. Het valt op dat Nicolaï deze actie bagatelliseert door er op te wijzen dat zij in de rechtspraak vrij onbekend is omdat feitelijkheden en daden van geweld zeldzaam zijn. Ik zie Nicolaï's kennelijke weerzin tegen de *réintégrande* gelegen in een wijziging die hierin ten gevolge van de parlementaire behandeling is doorgevoerd: ook roerende goederen kunnen voorwerp zijn van de *réintégrande*. Dit is niet minder dan een fundamentele wijziging ten opzichte van het eerste Ontwerp, waarin het voorschrift nog louter het oog had op onroerende goederen.

De toevoeging van roerende goederen heeft geleid tot onduidelijkheid op het gebied van bezit: veel schrijvers gaan uit van een algehele uitsluiting van de bezitsacties bij roerende goederen. Zij miskennen hiermee dat het Ontwerp en het latere OBW twee verschillende vorderingen bevatten. Het verdient opmerking dat in de eindredactie de vordering wegens verlies van het goed is overgeheveld naar de *maintenue*. Dit is een opmerkelijke en ook fundamentele ingreep omdat ze strijdt met het Franse recht, dat steeds als uitgangspunt werd genomen. Dat recht onderscheidt scherp tussen bezitsstoornis (*trouble*) en al dan niet gewelddadig bezitsverlies (*perte*). Dit uitgangspunt werd in het Ontwerp verlaten. De overheveling diende ongetwijfeld om te voorkomen dat men met de *réintégrande* geweldloos verloren zaken kon opvorderen. Het invoeren van een *réintégrande* die ingezet zou kunnen worden bij bezitsverlies van roerende zaken zou hebben geleid tot een samenloop met het voorschrift dat 'bezit van roerende goederen geldt als titel' (art. 2279 Cc). Met de overheveling behield Nicolaï zoveel mogelijk de structuur van de *Code civil* waar bij bezitsverlies van roerende zaken alleen art. 2279 Cc van toepassing was.

De overheveling veroorzaakte echter verwarring bij twee vraagstukken die het fundament van de bezitstitel en de bezitsvorderingen raken. In de eerste plaats leidde zij tot verwarring over de inhoud van het bezitsbegrip. De inhoud van dat begrip is logischerwijs niet alleen af te leiden uit de bezitsdefinitie, maar even goed uit het door de bezitsvorderingen beschermde voorwerp. Dat voorwerp is echter niet hetzelfde bij de twee bezitsacties. Bij de vordering van de *maintenue* draait het om de *zakelijke functie*, om de bescherming van het bezit als recht. De *réintégrande* richt zich op bescherming van het bezit als een feitelijke toestand, hier draait het om de *politieele functie* van bezit. Nicolaï schiep chaos toen hij de actie ter bescherming van het feitelijk verlies deels overhevelde naar een actie die het recht van bezit beschermt. In de tweede plaats leidde de overheveling tot verwarring over het aantal bezitsacties. Dat waren er twee, maar de overheveling, in combinatie met de onvolkomen Nederlandse vertaling van de Franse voorschriften, zette sommige rechtsgeleerden op het

verkeerde been, waardoor zij meenden dat de bezitstitel drie acties kende. En er is zelfs verdedigd dat de bezitstitel slechts één bezitsvordering zou kennen. Land weigerde namelijk in de *réintégrande* een afzonderlijke bezitsactie te zien: hij beschouwde deze vordering als een vordering uit onrechtmatige daad. Die zienswijze dient naar mijn mening verworpen te worden. Ten aanzien van de vraag naar het aantal bezitsvorderingen in de bezitstitel kom ik tot de slotsom dat de zienswijze dat de titel twee voorschriften kende in de literatuur geen gemeengoed was.

Ik sloot mijn bespreking van de omwerking van het Ontwerp 1820 naar het OBW af met de vraag of er ook bezitsacties buiten de bezitstitel bevonden. Voor zover mij bekend is deze vraag niet eerder aan de orde gesteld. Ik meen in het OBW twee bezitsvorderingen buiten de bezitstitel aan te treffen. Het eerste voorschrift stamt uit het erfrecht en het is ingevoerd nadat België zich in 1830 had afgescheiden van het Koninkrijk. Het BW1830 bevatte de regel dat de dode de levende in het bezit stelt en deze regel is de hoofdregel van het OBW. Maar door een aanpassing van de titel van de afwezigheid in het BW1830 is een variant van het *mandament van inmissie* opgenomen in het OBW. De wetgever achtte namelijk bij afwezigheid van een erfgenaam of legataris toepassing van de hoofdregel niet wenselijk. Voor de verkrijging van het bezit van de nalatenschap eiste hij rechterlijke inmenging noodig. De tweede bezitsvordering buiten de bezitstitel is die van de bezitter van roerende goederen: het is geplaatst in de titel over verjaring van rechtsvorderingen. Het verdient opmerking dat, terwijl de Franse tekst ongewijzigd bleef, de ontwerpers de oorspronkelijke Nederlandse tekst van het voorschrift niet handhaafden. Ik trof geen motivering aan voor de toevoeging in de Nederlandse vertaling van het eerste lid dat het bezit geldt als *volkomen* titel. Ik houd die toevoeging voor overbodig. Ook het tweede lid van het voorschrift werd in de Nederlandstalige ontwerp tekst aangepast, terwijl de Franse tekst ongewijzigd bleef. De teksten talen lopen hierdoor uiteen: de Franse tekst gaat uit van het *saisine*-begrip, de Nederlandse van de Romeinse *possessio*. Het is bekend dat we de Franse tekst als de oorspronkelijke ontwerp tekst dienen te beschouwen. Ik pleit er daarom voor de wijziging van de wettekst zo te interpreteren dat zij overeenkomt met de grondtekst. Daarmee bereiken we drie doelen. Ten eerste correspondeert dan de Nederlandse tekst van het tweede lid met de oorspronkelijke Franse tekst. Ten tweede sluiten zo beide leden van het voorschrift beter op elkaar aan. Tenslotte wordt zo verduidelijkt dat de bescherming van het voorschrift zijn grondslag vindt in het *gewere*-recht en niet in het Romeinse recht.

4 Bezitsbescherming in het huidige BW

‘Het voorontwerp van Meijers is een bron van wetenschap van aanzienlijke betekenis. Een van de schrijvers heeft gezegd: het laat zich aanzien, dat de wetenschap van het civiele recht gedurende de eerste decennia geheel beheerst zal worden door de bestudering van de in het ontwerp verscholen rechtsopvattingen en rechtsbegrippen.’¹¹⁵⁸

J. Zeelenberg

Inleiding

Dit hoofdstuk bevat het verslag van een rechtshistorisch onderzoek naar de totstandkoming van de regeling van bezit en bezitsbescherming in ons huidige BW. Die regeling staat niet op zichzelf, evenmin als dat het geval was bij de regelingen van eerdere Nederlandse codificaties. Behalve met die wetboeken is ons BW ook verbonden met het Romeinse, canonieke en *gewere*-recht. Dit hoofdstuk beoogt in de eerste plaats de verbindingslijnen te benoemen, uiteen te zetten en hun onderling verband toe te lichten. Het tweede doel van dit hoofdstuk is het uiteenzetten van de keuzes bij de vormgeving van de regeling: het bespreekt de afwegingen die gemaakt werden bij het beslechten van belangrijke vraagstukken. Daarom besteedt het niet alleen aandacht aan de gepubliceerde parlementaire geschiedenis, maar ook aan andere belangrijke bronnen, zoals het overleg dat plaatsvond in de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke wetgeving (hierna: Subcommissie). Wie zich een oordeel wil vormen over de regeling van ons huidige BW zal zowel hiervan kennis moeten nemen als van de wijze waarop die regeling verbonden is met eerdere regelgeving.

Formeel begon het werk aan het huidige wetboek op 25 april 1947, toen Eduard Maurits Meijers bij Koninklijk Besluit de opdracht ontving om een nieuw Burgerlijk Wetboek te ontwerpen.¹¹⁵⁹ Maar reeds lang voor deze datum bereidde Meijers zich op deze taak voor: Van Oven vermeldt dat hij reeds na zijn promotie in 1903 rondliep met een schriftje waarin hij aantekeningen maakte voor een nieuw wetboek.¹¹⁶⁰

¹¹⁵⁸ PG Algemeen Deel, p. 151. Zeelenberg citeert Beekhuis 1956 (*WPNR* # 4461), p. 393.

¹¹⁵⁹ Staatscourant # 86, dinsdag 6 mei 1947.

¹¹⁶⁰ Van Oven 1950 (*Themis*) p. 110-111: ‘Reeds in deze jaren liep Meijers rond met het denkbeeld om een nieuw B.W. te maken en als ik mij wel herinner, heeft hij toen al een cahier aangelegd om aantekeningen voor dit werk neer te leggen. Toen reeds kwam hij op tegen de bewering, dat dit werk onze krachten te boven zou gaan; bewijzen de pagina’s 60-63 in het Gedenkboek B.W. 1838-1938, waar uiteengezet wordt, hoe dit werk

Het was van meet af aan duidelijk dat het Ontwerp een herziening van de bezitsregeling zou bevatten. Al in 1928 publiceerde Meijers het artikel ‘Het feillooze deel van ons Burgerlijk Wetboek’ waarin hij de spot dreef met het falen van de Staatscommissie-Wetgeving.¹¹⁶¹ Deze commissie was in 1919 ingesteld om ‘te overwegen, hoe in het belang eener goede rechtsbedeling ware te geraken tot wegneming van onjuistheden en aanvulling van leemten, waarvan in en door de praktijk algemeen erkend wordt, dat zij als zodanig voorkomen in de Nederlandse burgerlijke wetgeving.’¹¹⁶² Meijers sneert dat men voorheen kennelijk ten onrechte in de overtuiging verkeerde dat de regeling van het vermogensrecht fouten en tekortkomingen bevatte.¹¹⁶³ Zelf meldt hij geen enkele moeite te hebben met het opsommen van honderd punten uit het zakenrecht, het erfrecht en het verbintenissenrecht die ingrijpen vereisen.¹¹⁶⁴ Van de 34 zakenrechtelijke punten heeft een aanzienlijk deel (bijna 18%) direct betrekking op bezit.¹¹⁶⁵

moet worden ondernomen en bewijst tenslotte de daad die hij bij het woord voegde, toen de oorlog hem ander werk bemoeilijkte.’ Van Oven werd in 1904 buurman van Meijers en zij ‘huurden gezamenlijk een miniscuul zijkamertje om er ons sober ontbijt en lunch te nuttigen en langdurige gesprekken over juridische en andere zaken te voeren’ (p. 109). Zie ook: Florijn 1992 (*NJB*), p. 10: ‘Daarbij kwam, wat Langemeijer al aangaf, dat Meijers reeds enig voorwerk had verricht voordat hij de opdracht kreeg. Rood-de Boer: ‘Ik weet uit eigen ervaring dat er momenten waren dat ik zulke vergeelde blaadjes kreeg, waarop met potlood aantekeningen waren aangebracht, dat ze haast niet te lezen waren. Op mijn vraag aan Meijers hoe dat kwam, antwoordde hij dat hij die teksten al voor de oorlog had geschreven. Dat betrof met name teksten over het verbintenissenrecht. Ik heb dus zelf uit zijn eigen mond gehoord dat er stukken waren die hij voor de oorlog had geschreven. Ik was daar verrast over, want hij had toen nog helemaal geen opdracht. Hij heeft misschien gedacht dat het ooit op zijn pad zou komen.’ Zie verder: Lokin en Zwolve 2006, p. 306 e.v.; Florijn 1994, p. 96 e.v.

¹¹⁶¹ Meijers 1928 (*WPNR* # 3031); *VPO* I, p. 93 e.v.

¹¹⁶² KB van 13 september 1919, no. 51, *Stcrt.* 18 september 1919 (sub a). Zie over deze Staatscommissie nader Florijn 1996, p. 73 e.v.

¹¹⁶³ Meijers 1928 (*WPNR* # 3031), p. 49: ‘Vóór alles heeft immers de commissie de verdienste ons bevrijd te hebben van een gevaarlijke waan, de waan, dat er in ons Burgerlijk Wetboek en in het bijzonder in het meest toegepaste deel, in het vermogensrecht, leemten of onjuistheden van enige betekenis zouden voorkomen. Immers, gedurende haar bijkans negenjarig bestaan heeft de commissie in het tweede en het derde boek van ons Burgerlijk Wetboek geen enkele leemte of onjuistheid kunnen ontdekken.’ Vgl. Florijn 1996, p. 79: ‘Veelzeggend is dat de Staatscommissie slechts driemaal in haar bestaan de mogelijkheid heeft overwogen een wijziging voor te stellen in het algemene deel van het verbintenissenrecht en dat zij haar werkzaamheden, het B.W. betreffend, bijna uitsluitend heeft beperkt tot het personen- en familierecht, dat zelfs niet tot haar taken behoorde.’

¹¹⁶⁴ Met deze opsomming sloot hij aan bij een eerdere vaststelling van Minister van Justitie Modderman, die in zijn brief aan de Koning van 18 februari 1880 (gepubliceerd in W. 4470) 26 voorbeelden noemde van ‘hoogst gewichtige onderwerpen wier regeling te wensen overliet’. Meijers 1938, p. 59.

¹¹⁶⁵ Meijers staat overigens niet alleen in zijn kritiek op de voormalige regeling van bezit en bezitsbescherming. Zie behalve de in Hoofdstuk 3, § 4.4.8 aangehaalde schrijvers bij-

3. een betere regeling van het bezit te goeder trouw en het bezit te kwader trouw;
4. regeling van het constitutum possessorium;
6. verduidelijking van de vereisten en van de onderlinge verhouding der bezitsacties;
7. verbetering van art. 606 B.W.,¹¹⁶⁶
8. verbetering van art. 617 B.W.,¹¹⁶⁷
12. verduidelijking van de regel ‘bezit geldt als een (*sic*) volkomen titel’;¹¹⁶⁸

voorbeeld Coninck Liefsting 1869, p. XX: ‘Zoo is de grondslag van de algemeene regels, die onze wetgeving voor het bezit geeft, geheel en al Romeinsrechtelijk, met enkele aanvullingen en wijzigingen, als zoovele concessiën aan de Germaansrechtelijke beginselen. In de actiën daarentegen, die onze wet aan de hand geeft, hebben de Germaanse bestanddelen de bovenhand.’; Veegens/Oppenheim 1925, p. 17: ‘Onze wetgever is het niet gelukt alle zwaarigheden, waarvoor hij zich hier [bij bezit, *HHR*] zag geplaatst, uit den weg te ruimen. Hij heeft geheel gezeild op frans compas en men kan volhouden, dat alles wat over bezit is geleerd nadat de grote franse jurist Pothier, die in 1772 stierf, er over schreef, zonder invloed op onze positieve wet is gebleven.’; Van Oven 1956 (*comptes rendus*), p. 238: ‘Ons wetboek wordt daarop door de schr. [Middelberg, *HHR*] gewogen, en, zoals te verwachten was, te licht bevonden (p. 139-146) en wat dit betreft stellen de feiten hem in het gelijk: de bezitsbescherming is een dode tak aan de boom van ons recht, de bezitsacties zijn niet anders dan studie- en examenstof. De rechtspraak behielp zich met art. 1401 en beschermt daarmee tevens de houder.’; Pitlo/Brahn 1980, p. 65: ‘Het is wel uiterst moeilijk zich uit de wetsartikelen van de tweede titel een klare voorstelling van het bezit te vormen. Algemeen beschouwd als een der moeilijkste leerstukken van het civiele recht, ondervindt het bezit in zijn wettelijke behandeling in ons B.W. bovendien de bezwaren van een wankel terminologie.’; Asser/Mijnssen/De Haan 1985, p. 100 (nr. 145). ‘Men hoeft er zich daarom niet over te verwonderen dat de bepalingen van het bezit in het huidige BW niet in staat zijn een duidelijk inzicht in de materie te verschaffen. Zij zijn niet voldoende door de wetgever doordacht en missen scherpheid van formulering, terwijl zij bovendien gebouwd zijn op een onzuivere terminologie.’; Asser/Mijnssen/De Haan 1985, p. 156 (nr. 252). ‘De gebreken, die ons huidige bezitrecht vertoont, komen het sterkst tot uiting in de regeling van de bezitsbescherming.’

¹¹⁶⁶ Zie voor de tekst van dit artikel, hierboven noot 1071 (*in fine*).

¹¹⁶⁷ Art. 617 OBW luidde: Indien ter gelegenheid eener regtsvordering tot handhaving in een bezit, hetgeen van wederzijde gevorderd wordt, de regter vermeent dat hetzelfde niet behoorlijk bewezen is, zal hij, zonder over het bezitregt uitspraak te doen, kunnen bevelen, of dat het voorwerp onder geregtelijke bewaring worde gesteld, of dat de partijen ten petitoire zullen procederen, of hij zal aan eene der partijen het bezit bij voorraad toestaan.

Dat bezit geeft alleen het regt om het genot der betwiste zaak te hebben gedurende het geding over den eigendom, en onder gehoudenheid om van de genotene vruchten rekening te doen.

¹¹⁶⁸ Zelfs nog meer wanneer men punt ‘(13.) regeling van het recht van den vinder’ eveneens onder bezit wil scharen, een opvatting die overigens in Meijers’ tijd overigens al lang verlaten was. In het oude recht kon iemand die een verloren zaak vond en in bezit nam slechts bezit te kwader trouw verwerven, terwijl de eerlijke vinder houder werd. Beide varianten sloten eigendomsverkrijging van de zaak voor *eeuwig* uit. In een rede uit 1927 wees Meijers op de fout in deze regeling: ‘Bij de tegenwoordige opvatting van

Vier punten uit deze opsomming (nrs. 3, 6, 7 en 12) komen uitgebreid aan de orde bij de behandeling van de totstandkoming van de regeling van bezit bezitsbescherming. De regeling van het constitutum possessorium (nr. 4) en de gewenste verbetering van art. 617 OBW (nr. 8) vallen buiten het bestek van het onderzoek. Dat richt zich met name op de totstandkoming van de titel *Bezit* van het Ontwerp, maar beperkt zich daar niet toe. De bezitstitel bevat namelijk niet alle voorschriften die van belang zijn voor een juist begrip van de bezitsregeling van het Ontwerp. Zo wordt het bezitsbegrip mede bepaald door de wijze waarop Meijers een verbintenisrechtelijk punt uitwerkt: een betere regeling van de verplichting van de verkoper tot eigendomsverschaffing (nr. 85).¹¹⁶⁹ Zijn keuze om de verbintenis van de verkoper tot ‘afleveren’ op te nemen in een wetsvoorschrift uit de titel van *Koop en ruil* betekent dat men buiten de bezitstitel een *lex specialis* aantreft over bezitsverschaffing. De wetgever nam Meijers’ regeling van de ‘feitelijke’ levering bij koop over, maar ze leidt een verscholen bestaan: rechtsgeleerde schrijvers en praktizijnen beroepen zich nog steeds op de algemene regels over bezit en houderschap uit de titel *Bezit*.

Dit hoofdstuk is opgebouwd uit vijf paragrafen die in min of meer chronologische volgorde de totstandkoming van de bezitsbescherming in het huidige BW uiteenzetten. De eerste paragraaf bespreekt de bezitsregeling van het Ontwerp. Omdat het begrip ‘houderschap’ daarin een centrale plaats inneemt, is paragraaf 1.1 gewijd aan de inhoud van dit begrip. Paragraaf 1.2 behandelt Meijers’ uitgangspunt dat bezit als een feitelijke toestand beschouwd moet worden. Maar Meijers kon dit uitgangspunt in zijn Ontwerp niet onverkort vasthouden en daarom nam hij een tweetal wetsbepalingen op die het bezit toewijzen. Paragraaf 1.3 zet uiteen dat bezit in het Ontwerp niet alleen als feit, maar ook als recht geldt. Dat is een gevolg van de keuze om voor verjaring alleen ongekwalficeerd bezit te eisen, met andere woorden: elk bezit is verjaringsbezit.

De tweede paragraaf bespreekt de bescherming van het innerlijk tegenstrijdige bezitsbegrip van het Ontwerp. Paragraaf 2.1 zet uiteen dat er sprake is van tegenstrijdige uitgangspunten, omdat het bezit in het Ontwerp beschouwd wordt als feit én recht. Paragraaf 2.2 zet uiteen dat Meijers aanvankelijk de bescherming niet wilde koppelen aan bezit, maar aan houderschap. Paragraaf 2.3 gaat in op de oorsponkelijk geplande bescherming van dat houderschap: hiervoor zou

dat artikel [art. 2014 OBW, *HHR*] is dan ook m.i. slechts één conclusie mogelijk: een vinder mag zich nimmer, ook niet na dertig of meer jaren als eigenaar beschouwen; gaat hij tot verkoop van het gevondene over, onverschillig hoeveel tijd verstreken is, hij maakt zich aan het misdrijf van verduistering schuldig.’ Meijers 1927, p. 11. In dezelfde zin: Hofmann 1944, p. 122-124. Van alle door Meijers genoemde zakenrechtelijke punten vormen bezitskwesties de één na grootste categorie: alleen op het gebied van de regeling van de hypotheek vond hij nóg meer onvolkomenheden (punt 27 t/m 34).

¹¹⁶⁹ Zie hieronder, p. 340.

de politionele bescherming volstaan. Het prijsgeven van deze opzet vormt het onderwerp van paragraaf 2.4: de toevoeging van een voorschrift met zakelijke bescherming voor de (verjarings-)bezitter. Paragraaf 2.5 toont hoe de politionele en zakelijke functie van bezit hun weg vonden van het Ontwerp en het Regeringsontwerp naar het BW.

De derde paragraaf plaatst de toevoeging van de zakelijke functie in perspectief. Paragraaf 3.1 bespreekt Meijers' drijfveer voor de wijziging van zijn aanvankelijke opzet. Daarvoor is kennis van de interpretatie van art. 2014 OBW van grote betekenis en daarom zet paragraaf 3.2 de wijze uiteen waarop Meijers en Scholten dit voorschrift uitleggen. Paragraaf 3.3 behandelt de stellingname van Van Oven, een van de grootste voorvechters van de zogeheten 'nieuwe leer'. Van Oven acht zakelijke bescherming van de bezitter in de nieuwe leer van nog grotere betekenis dan voorheen. Paragraaf 3.4 licht Meijers' stellingname toe ten aanzien van de nieuwe leer. Paragraaf 3.5 bespreekt tenslotte de opname van de nieuwe leer in het Ontwerp en het gegeven dat de Hoge Raad op de invoering daarvan vooruitliep in het arrest *Damhof-De Staat*.

De vierde paragraaf bespreekt de kritiek waaraan de regeling van de zakelijk werkende bezitsbescherming van het Ontwerp heeft blootgestaan. De politionele bescherming van de houder bleek onomstreden: de kritiek spitste zich toe op de zakelijke bescherming. Paragraaf 4.1 licht toe dat de kritiek van twee kanten kwam. Voorafgaand aan de uiteenzetting van de kritiek behandelt paragraaf 4.2 het arrest *Damhof-De Staat*, het arrest dat Meijers centraal stelde in de verdediging van zijn keuze voor het causale stelsel. Paragraaf 4.3 bespreekt de kritiek dat de zakelijke bescherming overbodig is omdat de politionele bescherming zou volstaan. Paragraaf 4.4 gaat tenslotte in op de kritiek dat de zakelijke bescherming slechts aan de bezitter wordt verleend en niet aan alle houders.

De vijfde paragraaf zet uiteen hoe het wetsvoorschrift 3:125 BW in de titel *Bezit en houderschap* zijn uiteindelijke vorm heeft gekregen. Paragraaf 5.1 geeft tekst en commentaar per lid van het conceptvoorschrift. Paragraaf 5.2 doet hetzelfde per lid van het ontwerpvoorschrift. Paragraaf 5.3 tenslotte verbindt het ontwerpvoorschrift met het uiteindelijke wetsvoorschrift. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting en conclusies.

§ 1 De bezitsregeling van het Ontwerp

‘Het is de tweeslachtigheid van het bezit waarop wij telkens vastlopen; het is de tweeslachtigheid die ons moeilijkheden geeft bij het begrijpen en bij het opstellen van wetsregels.’¹¹⁷⁰

H. Vuye

‘Het woord “houder” toch gebruike men bij voorkeur slechts voor degenen die voor een ander houdt.’¹¹⁷¹

Minister van Justitie C.H.F. Polak

Inleiding

Meijers begint zijn Toelichting op de titel ‘*Bezit*’¹¹⁷² met een schot voor de boeg:

Hetgeen in een wet met “bezit” wordt bedoeld, wordt geheel bepaald door de gevolgen, welke die wet aan het bezit verbindt en de nadere vereisten, welke die wet voor het intreden van die gevolgen stelt.¹¹⁷³

Zijn boodschap is duidelijk: wie weten wil wat het Ontwerp met “bezit” bedoelt, die leze het wetsontwerp en vergeet de traditie. In de tweede alinea meldt Meijers dat de bezitsregeling van Ontwerp slechts *ten dele* aansluiting zoekt bij het geldende recht.¹¹⁷⁴ Wijzigingen vielen te verwachten, gezien de algemeen bekritiseerde oude regeling.¹¹⁷⁵ Een van de belangrijkste vernieuwingen is misschien wel de koppeling van bezit aan ‘houderschap’, een begrip dat ook wordt gebruikt om de positie van de detentor aan te duiden. Wat is nu dit ‘houderschap’ en valt het aan te merken als een verbetering? In de volgende subparagraaf behandel ik de totstandkoming van de nieuwe terminologie.

¹¹⁷⁰ Gerbrandy 1960, p. 232.

¹¹⁷¹ Rechtvaardiging van de Minister van Justitie voor het wijzigen van de tekst van art. 3.5.3 Ontwerp tot die van 3:109 BW. Memorie van Antwoord (ingezonden 18 maart 1971), p. 141; PG Boek 3, p. 429 (MvA II). Zie ook hieronder mijn noot 1596.

¹¹⁷² Dit opschrift zou later door de Minister op onjuiste gronden gewijzigd worden in ‘*Bezit en houderschap*’, zie hieronder p. 431 (noot 1595). Meijers’ aanduiding valt echter te verklaren vanuit zijn uitgangspunt dat er alleen rechtsgevolgen aan bezit verbonden zijn (door de koppeling aan de verkrijgende verjaring), zie het citaat bij mijn noot 1319.

¹¹⁷³ Meijers 1954 (Toelichting), p. 230.

¹¹⁷⁴ Vgl. Florijn 1996, p. 110: ‘Een ander, duidelijk kenbare karakteristiek van Meijers’ werkwijze was, dat hij bij het formuleren van het eerste concept voor een bepaalde titel of afdeling zoveel mogelijk aansluiting zocht bij het geldende recht. (...)’.

¹¹⁷⁵ Zie hierboven mijn noot 1165.

1.1 Bezit is houderschap

Het Ontwerp-Meijers (OM) en het BW gebruiken de term ‘houder’ voor zowel bezitter als detentor. Meijers liet met opzet een nadere omschrijving van ‘houden’ achterwege: hij meende dat die slechts twijfelachtige waarde had omdat ‘houden’ zowel door feit als door wet wordt bepaald:

Bij de definitie van het bezit bepaalt het ontwerp zich er toe te verklaren, dat een bezitter houdt voor zichzelf. In een nadere omschrijving, wat dit “houden” in het algemeen aanduidt, wordt niet getreden. Gewoonlijk wordt dit houden als een feitelijke macht gekenschetst. Men miskent daarmee, dat zowel het “houden” van een goed als het “voor zich houden” mede door wetsvoorschriften wordt bepaald en daarmee ophoudt iets zuiver feitelijks te zijn.¹¹⁷⁶

Deze mening is kennelijk gevormd door voortschrijdend inzicht: in een nog ongenummerd concept voor het eerste voorschrift treft men wél een omschrijving aan. Meijers gebruikt daarin de term ‘houder’ om degene aan te duiden die de feitelijke macht over het goed kan uitoefenen. Het tweede lid omschrijft vervolgens de bezitter: dat is hij die de feitelijke macht over het goed voor zichzelf uitoefent (onmiddellijk) of hij voor wie een ander de feitelijke macht over het goed uitoefent (middellijk).

Art. 1. (ongenummerd concept, aantekeningen van J. Drion).

Houder van een goed is degene, die feitelijk daarover de macht kan uitoefenen.

Bezitter van een goed is degene, die het goed voor zichzelf houdt (onmiddellijk bezitter) of voor wie een ander het goed houdt (middellijk bezitter).¹¹⁷⁷

Ik vermeld dit voorschrift omdat het Meijers’ gedachtengang toont: wie feitelijke macht over een goed kan uitoefenen is óf houder óf bezitter. Het is één van beide. Houder is hij die enkel feitelijke macht over het goed kan uitoefenen,¹¹⁷⁸ bezitter is degene die voor zichzelf de feitelijke macht uitoefent of laat uitoefenen.¹¹⁷⁹

¹¹⁷⁶ Meijers 1954 (Toelichting), p. 230. Zie voor de gehele alinea hieronder mijn noot 1206.

¹¹⁷⁷ J. Drion, Onderhoud met EMM over de afdeling BEZIT op 26 April ’48 en later. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1725.

¹¹⁷⁸ De houder is hier de zogeheten *nudus detentor* van het Romeinse recht.

¹¹⁷⁹ Dat Meijers beoogde om de twee begrippen op deze wijze uit elkaar te houden toont ook het citaat dat ik heb opgenomen bij mijn noot 1184. Zie ook de tegenstelling in het hiernavolgende art. 4 tussen de houder en de bezitters die men wel aanduidt met de term ‘bezitter uit andermans naam’, *possessor alieno nomine*: de bezitter die wel bezit op grond van een geldige titel, maar toch geen civiel bezitter is omdat hem de wil ontbreekt om de zaak voor zichzelf te houden. Art. 4 luidde blijkens de notities van Drion

Inhoudelijk zocht Meijers aansluiting bij het Romeinse recht. Dat recht eiste voor bezitsverkrijging feitelijke beheersing, *corpus*, en bezitswil, *animus*.¹¹⁸⁰ Hierop grijpt Meijers terug in zijn conceptvoorschrift: het eerste lid brengt het *corpus* tot uitdrukking wanneer het spreekt van ‘de feitelijke macht’, het tweede lid het *animus* wanneer het spreekt van het voor zichzelf houden of door een ander voor zich laten houden. Het conceptvoorschrift is nog onvolgroeid: het neemt als basis een zuiver feitelijk bezitsbegrip en staat daardoor op gespannen voet met Meijers’ wens om de *saisine*-rechtelijke regel van het OBW te handhaven die de erfgenaam na de dood van de erflater aanmerkte als bezitter van diens goederen.¹¹⁸¹ Meer in het algemeen lijkt de omschrijving niet toe te staan dat bezit óók kan worden toegekend door de wet, zonder dat er feitelijke machtsuitoefening plaatsvindt. Maar de redactie kent een nòg groter probleem, een probleem waarvoor Meijers mijns inziens ook in latere versies geen bevredigende oplossing aandraagt.

Meijers gebruikt de term ‘houden’ bij zowel bezit als houderschap om feitelijke beheersing aan te duiden, *corpus*. Houderschap en *corpus* zijn echter geen synoniemen. Niet iedere bezitter of houder oefent zelf de feitelijke macht over een zaak uit: soms wordt die macht immers *middellijk* uitgeoefend. De bezitsomschrijving van het concept houdt wel rekening met de mogelijkheid van middellijk bezit – het bevat de clausule dat een ander dan de bezitter voor hem de feitelijke macht over het goed kan uitoefenen –, maar een soortgelijke clausule ontbreekt bij het houderschap. Die zou ook op gespannen voet staan met Meijers’ uitgangspunt: dat koppelt het houderschap immers juist aan de mogelijkheid van het uitoefenen van feitelijke macht. Maar het uitoefenen van feitelijke macht ligt moeilijk bij middellijk houderschap. Daar kunnen ketens ontstaan waarin men alleen van de *laatste* schakel zeggen kan dat hij de feitelijke macht over de zaak heeft. In het Romeinse recht leverde zo’n keten geen enkel probleem op: dat achtte het mogelijk dat het *corpus* uitgeoefend werd door een houder van een houder van de bezitter.¹¹⁸² Het beschouwde hen *allemaal* als houders voor hun voorman en aan de top van de piramide stond de bezitter. Die oefende via de houder(s) het *corpus* uit. Dit lijkt echter anders te liggen in het conceptvoorschrift. Neemt men het eerste lid letterlijk, dan beschouwt dat alleen de laatste schakel van de keten als ‘houder’. Dat roept de vraag op welke plaats de eventuele voorgaande schakels innemen.

oorspronkelijk: ‘Wanneer men heeft aangevangen een goed voor een ander *te houden*, of het als erfpachter, bekleemde meijer, vruchtgebruiker of pandhouder *te bezitten* [cursiveringen, *HHR*] (...)’ J. Drion, Onderhoud met EMM over de afdeling BEZIT op 26 April ’48 en later. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1725.

¹¹⁸⁰ Zie hierboven, p. 122.

¹¹⁸¹ Art. 3.5.6 Ontwerp = 3:112 BW, zie ook p. 332. Zie over het OBW, p. 277 e.v.

¹¹⁸² Zie bijv. D. 41,2,30,6 en D. 41,2,28.

Deze vraag kwam aan de orde in een reeks gesprekken tussen Drion en Meijers. Drion vond het tweede lid ongelukkig geformuleerd omdat het, letterlijk genomen, van de houder die een onderhouder aanstelt, zoals de student die zijn kamer onderverhuurt, een middellijk bezitter maakt.¹¹⁸³ Dat was zeker niet de bedoeling, maar het verslag toont dat de heren zich er geen raad mee wisten.

Meijers was afkerig van een woordkeuze die het probleem oploste door de begripsmatige scheiding tussen houder en bezitter te laten vallen. Hij meende dat men dan teveel afweek van de traditionele terminologie: zou men van iedere bezitter tevens een houder maken, dan zou ook de inhoud van het begrip ‘houder’ niet meer zijn gebruikelijke inhoud hebben van bloot-houder, *nudus detentor*.

EMM: het bezwaar daartegen is, dat men dan wel zeer afwijkt van de vanouds gebruikelijke terminologie: immers dan zou iedere bezitter perse houder zijn en zou houder meer zijn dan de *nudus detentor*.¹¹⁸⁴

Het zegt veel over de moeilijkheid van de ingeslagen weg dat Meijers dit bezwaar uiteindelijk inslikte: hij doorbrak in concept-bezitstitel B.W. 23 de scheiding van de termen houder en bezitter. Sindsdien kent het Ontwerp het ‘houden’ zeer ruimhartig toe: de Toelichting (B.W. 24) laat er geen twijfel over bestaan dat het Ontwerp niet alleen middellijk houden mogelijk acht, maar dat het ook iedere bezitter, zelfs de middellijke (sic), als houder beschouwt:

Uit de algemene omschrijving van het bezit in het eerste lid volgt, dat iedere bezitter van een goed als “houder” aan te merken is, zowel degenen, die onmiddellijk bezit, als degenen, die door een ander bezit.¹¹⁸⁵

Het verlaten van het uitgangspunt dat ‘houden’ bestaat uit de uitoefening van feitelijke macht maakt ‘houden’ tot een wazig begrip. Het verkreeg na de wijzigingen een drievoudige betekenis: ‘houden’ kan de situatie aanduiden waarin de bezitter of de houder feitelijke macht over een goed uitoefent, maar ook die waarin een wetbepaling het bezit aan iemand toekent zonder dat deze persoon het goed onder zich heeft. Tenslotte gebruikt het Ontwerp de term voor alle personen, bezitter of houder, voor wie een ander krachtens een of andere rechtsbetrekking de macht over het goed uitoefent. De gebruikelijke gelijkstelling van

¹¹⁸³ J. Drion, Onderhoud met EMM over de afdeling BEZIT op 26 April '48 en later, pagina 1 (ad lid 2). NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1725.

¹¹⁸⁴ J. Drion, Onderhoud met EMM over de afdeling BEZIT op 26 April '48 en later, pagina 2 (ad lid 2). NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1725.

¹¹⁸⁵ B.W. 24, zie mijn noot 1228. Deze bewoordingen zijn gelijklopend aan die van de uiteindelijke Toelichting op het Ontwerp-Meijers.

de houder met de *nudus detentor* is volledig losgelaten en hiervoor is niets in de plaats gesteld: Meijers liet in zijn Toelichting bewust na het begrip opnieuw te omschrijven.¹¹⁸⁶

Hoe verliep de verdere ontwikkeling van het artikel? Afgezien van kleine verbeteringen in de redactie, luidt het voorschrift van het concept hetzelfde als dat van het uiteindelijke Ontwerp-Meijers.¹¹⁸⁷

Art. 1. (B.W. 23).

1. Bezit is het houden van een goed voor zichzelf.
2. Bezit is onmiddellijk, wanneer iemand zonder tussenpersoon bezit.
3. Bezit is middellijk, wanneer iemand door middel van een ander, die het goed voor hem houdt, bezit.¹¹⁸⁸

He Ontwerp kent het begrip ‘houden’ onmiskenbaar een veel ruimere plaats toe dan het oude recht. Dit werd ook door Bregstein opgemerkt in de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke wetgeving (de Subcommissie). Maar blijkens de notulen eindigde met Bregsteins vaststelling ook de discussie over dit voorschrift.

De heer BREGSTEIN merkt op, dat het Ontwerp het woord “houden” in een veel ruimere betekenis gebruikt, dan men dit in het bestaande recht pleegt te doen. De VOORZITTER [Meijers, *HHR*] beaamt dit.¹¹⁸⁹

De regeling van het Ontwerp is uiteindelijk zonder ingrijpende wijzigingen overgenomen in het BW.¹¹⁹⁰ Hierover merkt Rank-Berenschot terecht op dat titel 3.5 stoelt op twee verschillende begrippen ‘houden’: zij onderscheidt houden in ‘enge zin’, d.w.z. detentie, en in ‘ruime zin’, waartoe ook het houder-schap van de bezitter behoort.¹¹⁹¹ Haar oordeel dat dit ‘enigszins verwarrend’ is heeft mijn volledige instemming. Volgens mij bestaat er een begripsverwaterende ‘dubbeltelling’ die niet alleen verwarrend is, maar die ook vanuit leerstellig oogpunt moet worden afgewezen.

¹¹⁸⁶ Zie hierboven mijn noot 1176.

¹¹⁸⁷ In het Ontwerp is lid 1 ongewijzigd overgenomen.

Lid 2: Bezit is onmiddellijk wanneer iemand voor zichzelf een goed zonder tussenpersoon houdt.

Lid 3: Bezit is middellijk, wanneer iemand bezit door middel van een ander, die het goed voor hem houdt.

¹¹⁸⁸ B.W. 23, Titel Bezit. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 617.

¹¹⁸⁹ Notulen van de acht en tachtigste vergadering van de Subcommissie, zie mijn noot 1225.

¹¹⁹⁰ Het huidige 4^e lid is ter verduidelijking toegevoegd en er zijn enige terminologische wijzigingen doorgevoerd. Zie PG Boek 3, p. 424 e.v.; PG Inv. Boek 3, p. 1257.

¹¹⁹¹ Rank-Berenschot 2001, p. 5.

Wat had Meijers anders moeten doen? Doordat hij zijn oorspronkelijke omschrijving van houderschap schrapte, komt dit begrip niet meer goed uit de verf. Maar het fundamentele element van ‘houden’ is *sowieso* niet de feitelijke heerschappij, het *corpus*. Dat blijkt uit de mogelijkheid van middellijke houders. Nee, de kern van houderschap is de geobjectiveerde wil van de houder. Diens wil is namelijk, gemeten op het moment van het aangaan van de rechtsbetrekking tussen hem en zijn voorman, niet gericht op bezitsverkrijging. Dit is het wezen van houderschap. Maar het Ontwerp laat dit kenmerk links liggen en verbindt ten onrechte de ‘*corpus*-eis’ aan het ‘houden’.¹¹⁹²

De bezit- en houderschapsomschrijving van het Ontwerp kent twee gebreken. Allereerst ontbreekt een duidelijke scheidslijn tussen beide begrippen. Het loslaten van het uitgangspunt dat ‘houden’ bestaat uit het uitoefenen van de feitelijke macht maakt het tot een wazig en polyinterpretabel begrip. Het tweede gebrek is dat het middellijk houderschap geen basis heeft gekregen in een ontwerpvoorschrift, maar vanwege constructieproblemen, min of meer ‘onder de tafel is geveegd’.¹¹⁹³ Ik ben van mening dat men méér mag verwachten van een wetsontwerp: middellijk houderschap is per slot van rekening een constructie die men in het recht vaak tegenkomt.

Van de twee gebreken werd in de parlementaire behandeling alleen het middellijk houderschap gerepareerd. Dit gebeurde door het toevoegen van een vierde lid aan art. 3:107 BW (art. 3.5.1 Ontwerp) in het Ontwerp van Wet van 9 juli 1982:

4. Houderschap is op overeenkomstige wijze onmiddellijk of middellijk.¹¹⁹⁴

De Minister meende, mijns inziens terecht, dat deze verduidelijking nodig was om misverstanden uit te sluiten. In zijn Memorie van Antwoord schreef hij dat het vierde lid niet alleen van belang was voor een goed begrip van de bezits- en houderschapsomschrijving, maar ook voor die van andere bepalingen, zoals de bezitsbeschermingsbepaling (art. 3.5.17 Ontwerp):

De oorspronkelijke tekst kon de indruk wekken dat een middellijke bezitter zou ophouden houder te zijn, wanneer degene die voor hem houdt dit reeds is. Die indruk

¹¹⁹² Ter voorkoming van misverstanden wijs ik erop dat deze eis wel relevant blijft voor het ‘bezit’: het is één van de twee elementen van bezitsverkrijging.

¹¹⁹³ ‘Niet uitdrukkelijk is vermeld, maar het ligt voldoende in de gegeven omschrijving besloten, dat ook hij, die voor een ander houdt, middellijk houder kan zijn.’ Meijers 1954 (Toelichting), p. 230.

¹¹⁹⁴ Kamerstuk Tweede Kamer, zitting 1981-1982, kamerstuknummer 17496, ondernummer 2, Ontwerp van Wet van 9 juli 1982, Invoeringswet Boeken 3-6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (vierde gedeelte) (wijziging van boek 3), p. 10; PG Inv. Boek 3, p. 1257.

is echter niet juist. Ook in dit geval blijft de bezitter het goed voor zich zelf houden in de zin van het eerste lid. Ook houderschap kan derhalve middellijk of onmiddellijk zijn.

Dit is niet alleen van belang voor een goed begrip van het eerste lid van het onderhavige artikel, maar ook voor bepalingen als de artikelen 3.5.16 en 3.5.17. Zo is een huurder die de gehele zaak aan een ander heeft onderverhuurd, houder gebleven. Hetzelfde geldt als hij deze aan een ander in bewaring heeft gegeven. Zowel deze huurder als degene die voor hem houdt, zullen aldus houder zijn in de zin van artikel 3.5.16 en in geval de zaak van hen wordt opgeëist, omdat de (hoofd-)verhuurder op wie hun recht teruggaat, alleen maar bezitter was, de artikelen 3.5.14-15b kunnen invoeren, telkens met inachtneming van de rechtsverhouding waarin zij de huur, respectievelijk de onderhuur of de bewaarneming tot de huurder en zo ook de bezitter stonden.

Ook zullen zowel de huurder als de onderhuurder houders zijn in de zin van artikel 3.5.17 lid 3 en een vordering uit onrechtmatige daad tegen een derde kunnen instellen, indien daartoe gronden zijn. Is de zaak door de huurder in bewaring gegeven dan zal het zelfs meer voor de hand liggen dat de huurder die middellijk houder is, dit doet dan dat dit gebeurt door de bewaarder, die onmiddellijk houder is.

Teneinde misverstanden over dit een en ander uit te sluiten is het nieuwe vierde lid toegevoegd.¹¹⁹⁵

Zo werd in het BW het vraagstuk opgelost van het middellijk houderschap. Maar kennelijk heeft dit probleem alle aandacht opgeslokt: de Minister gaat niet in op het probleem van de dubbelzinnigheid van het houderschapbegrip, hoewel hij dit probleem al tien jaar eerder signaleerde. In 1971 rechtvaardigde de Minister nog de wijziging van art. 3.5.3 Ontwerp (3:109 BW) met een beroep op het voorkomen van dubbelzinnigheid. Hij gaf toen als zijn mening te kennen dat men het woord ‘houder’ juist bij voorkeur moet gebruiken voor degenen die voor een ander houdt.¹¹⁹⁶ Dat standpunt, dat inhoudelijk overigens overeenkomt met Meijers’ aanvankelijke typering van de houder als *nudus detentor*, verdraagt zich echter slecht met het systeem van het Ontwerp. Dat bestempelt immers de bezitter, zelfs de middellijke als ‘houder’. En hiervan heeft de Minister nooit afstand genomen.¹¹⁹⁷ Anders gezegd: de ministeriële zienswijze waarin de houder slechts dententor is strijdt met de bewoordingen en met het systeem van het Ontwerp. De dubbelzinnigheid van het houderschap kan niet opgelost worden met een simpele tekstuele aanvulling van het wetsvoorschrift: zij vergt een wijziging van het systeem van het Ontwerp. Kortom: aanpassing van de bezit-

¹¹⁹⁵ Kamerstuk Tweede Kamer, zitting 1981-1982, kamerstuknummer 17496, ondernummer 3, Memorie van Toelichting Invoeringswet Boeken 3-6 van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek (vierde gedeelte) (wijziging van Boek 3), p. 33; PG Inv. Boek 3, p. 1257.

¹¹⁹⁶ Zie hierboven het citaat bij noot 1171.

¹¹⁹⁷ Zie de hierboven genoemde MvA (noot 1195), p. 140; PG Boek 3, p. 427.

en houderschapomschrijvingen van art. 3:107 BW. De Minister is niet tot een dergelijke aanpassing overgegaan.

Ik beschouw dat als een gemiste kans. Het is namelijk wel degelijk mogelijk om een scherpe scheidslijn tussen bezit en houderschap aan te brengen, zodat het begrip ‘houderschap’ zijn dubbelzinnigheid verliest. Ik acht Meijers’ concessie overbodig: het is niet nodig om van een (middellijk) bezitter een ‘houder’ te maken. Meijers’ uitgangspunt dat een persoon die de feitelijke macht over een goed uitoefent óf bezitter óf houder is, zou met een andere formulering gehandhaafd kunnen worden. Middellijk houderschap hóeft geen probleem op te leveren, zoals blijkt uit de volgende herformulering van het voorschrift:

Bezit

Als onmiddellijk bezitter geldt hij die voor zichzelf de feitelijke macht over een goed uitoefent of hij die krachtens de wet als bezitter wordt aangemerkt. Een bezitter kan ook middellijk bezitten door een houder.

Houderschap

Als onmiddellijk houder geldt hij die op grond van een rechtsbetrekking met de bezitter de feitelijke macht over diens goed uitoefent. Een houder kan ook middellijk houden door een andere houder: dit brengt geen verandering teweeg in het bezit.

1.2 Bezit is een feitelijke toestand

Meijers zocht voor zijn houderschapsconstructie aansluiting bij het bezitsbegrip van het klassieke Romeinse recht. Deze aansluiting ligt voor de hand, omdat Meijers bezit niet beschouwde als een zakelijk recht, maar als een feitelijke toestand. Dat laatste blijkt niet eenduidig uit de Toelichting, maar Meijers heeft zich elders stellig uitgesproken over het karakter van bezit in het Ontwerp. Hij deed dit naar aanleiding van kritiek van Eggens in de 144^e vergadering van de Subcommissie, gehouden in september 1953.¹¹⁹⁸ Ik citeer uit de notulen:

De heer EGGENS meent dat het niet juist is naast “zakelijk recht” te spreken van “bezit”, dat ook een zakelijk recht is, doch de VOORZITTER [Meijers, *HHR*] antwoordt *dat in zijn ontwerp het bezit een feitelijke toestand aanduidt, doch geen zakelijk recht is* [cursivering, *HHR*]. Wel geeft de feitelijke toestand van “bezit” rechten (bezitsacties en, mits het bezit te goeder trouw is, recht op de vruchten)

¹¹⁹⁸ Eggens had zich al in 1929 uitgesproken voor de zienswijze dat bezit (van onroerende zaken) als recht gezien moet worden. Eggens 1929 (*WPNR* # 3095-3096).

doch dat maakt het feit van bezit evenmin een recht als een uitvinding een recht zou worden doordat zij zekere rechten geeft.¹¹⁹⁹

Meijers vergelijkt bezit met een uitvinding: hij merkt beiden aan als feitelijke gebeurtenissen.¹²⁰⁰ De wet kan weliswaar aan dit soort feitelijkheden rechtsgevolgen verbinden, zoals het verlenen van een recht van octrooi of zakelijke bezitsbescherming, maar het Ontwerp beschouwt bezit zelf niet als recht.

1.2.1 Meijers' aanpassingen van het bezitsbegrip

Het omschrijven van bezit als het 'houden voor zichzelf' en als 'feitelijke toestand' in plaats van als 'zakelijk recht' verraaft Meijers' gerichtheid op het Romeinse recht.¹²⁰¹ Maar Meijers liep op tegen het probleem dat het bezitsbegrip uit dat recht niet steeds voldeed aan zijn wensen. Hij poogde die wensen in zijn Ontwerp alsnog te realiseren, maar moest daarvoor terugvallen op een kunstgreep. Daarin speelt de wetgever de hoofdrol, want bezit is immers 'wat de wetgever ervan maakt'.¹²⁰²

De kunstgreep die Meijers gebruikte om onder het feitelijke bezitsbegrip uit te komen was de wetsbepaling. Meijers wist dat een wettelijk voorschrift een leerstellig inferieure classificatie onaantastbaar kan maken.¹²⁰³ Zo beschrijft

¹¹⁹⁹ Notulen van de Honderd vier en veertigste Vergadering van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving, p. 829. De vergadering werd gehouden op Zaterdag 26 September 1953 te 10 uur in het Ministerie van Justitie te 's-Gravenhage. Aanwezig waren de voorzitter Mr Meijers, de leden Mrs. Belinfante, tevens algemeen secretaris, Bregstein, Drion, Eggens en mevrouw Schönfeld-Polano, alsmede Mr Franken, secretaris van Prof. Meijers. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 184.

¹²⁰⁰ Overigens zou Eggens ook later, in zijn hoedanigheid als één van de drie opvolgers van de overleden Meijers, met deze voorstelling blijven worstelen. Naar aanleiding van een nota over art. 3.5.17 Ontwerp, het artikel dat o.a. zakelijke bezitsbescherming verleent, glosseert hij: 'Naar mijn oordeel is de gehele kwalificatie van bezit onduidelijk en tweeslachtig. Het is natuurlijk niet waar dat bezit – slechts – het houden voor zichzelf is zoals art. 3.5.1 omschrijft. Bezit is toch ook als recht(-gevend) gedacht. Zie juist o.a. art. 17. Dat (zakelijk) recht noemden wij tot nog toe bezit. Nu heeft het geen naam meer, of is het er nu ook niet meer? Ik weet geen oplossing als niet eerst begripszuivering plaats heeft. Zolang deze niet – in het algemeen – is toegepast lijkt mij de hier voorgestelde wijziging de meest aanbevelingswaardige.' Glossen van Prof. Eggens bij de nota van P&F over art. 3.5.17, 11 september 1954 [o.g.v. Florijn 1994, p. 179 neem ik aan aan dat het stuk afkomstig is van de medewerkers J.M. Polak & R. Franken, *HHR*]. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 523.

¹²⁰¹ Zie ook zijn opmerking: 'Alle wetboeken staan nog steeds onder de ban van het Romeinse recht (...)' Meijers 1954 (Toelichting), p. 159.

¹²⁰² Zie hierboven mijn noot 1173.

¹²⁰³ Vgl. ook het beroep van Scholten op het gezag van de wet in de discussie vermeld in mijn noot 922.

Meijers in zijn opstel *Een nieuwe roerende zaak door wetsbepaling* de scheping van twee nieuwe roerende zaken door de wetgever.¹²⁰⁴

Het feitelijke bezitsbegrip is volgens Meijers op twee punten in het Ontwerp niet op zijn plaats: op die punten wordt het bezitsbegrip dan ook aangepast door middel van speciale wetsvoorschriften. Ten eerste bij *saisine*-rechtelijke verkrijging van bezit van rechtswege. Ten tweede bij een koop van registergoederen, waar de koper, ondanks dat hem de feitelijke heerschappij over de zaak is verschaft, nog beschouwd zou kunnen worden als houder voor de verkoper.

Bij de definitie van het bezit bepaalt het ontwerp zich er toe te verklaren, dat een bezitter houdt voor zichzelf. In een nadere omschrijving, wat dit “houden” in het algemeen aanduidt, wordt niet getreden. Gewoonlijk wordt dit houden als een feitelijke macht gekenschetst. Men miskent daarmee, dat zowel het “houden” van een goed als het “voor zich houden” *mede door wetsvoorschriften wordt bepaald en daarmee ophoudt iets zuiver feitelijks te zijn* [cursivering, *HHR*].¹²⁰⁵ De wet kent aan de erfgenaam bezit toe, onverschillig of deze zijn erfgenaamschapsrecht bewijzen kan en in het verkeer als erfgenaam erkend wordt. Het is eveneens de wet, die beslist of na een verkoop de verkoper het verkochte goed voor zichzelf of voor

¹²⁰⁴ Meijers 1912 (*WPNR* # 2193), p. 1 e.v.; *VPO* II, p. 43 e.v.

¹²⁰⁵ Op dit punt wil de Toelichting een vergelijking maken met Asser-Scholten II, p. 42 v. De vergelijking lijkt aan Drion te zijn ontleend: ‘Ad Art. 1, Lid 1: De woorden “feitelijk daarover de macht kan uitoefenen” kunnen toch eigenlijk alleen slaan op lichamelijke zaken, terwijl U de gehele titel toch ook op de onlichamelijke zaken toegepast wil zien? EMM: blijkens art. 2 wordt dit “de feitelijke macht kan uitoefenen” bepaald door verkeersopvattingen, men mag het dus niet zo letterlijk interpreteren als U blijkbaar doet. Het is al vaak opgemerkt (*ego*: zie Asser-Scholten II, (1945) 43 [cursivering, *HHR*]), dat de voor bezit beslissende feitelijke toestand zelf weer mede door het recht bepaald wordt. Zo gezien kan men wel degelijk ook spreken van hij, die feitelijke macht over een recht kan uitoefenen.’ J. Drion, Onderhoud met EMM over de afdeling BEZIT op 26 April ’48 en later. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1725. De vergelijking met Scholten loopt m.i. echter mank en biedt geen basis voor toekenning van bezit op grond van wetsvoorschriften, omdat Scholten het louter heeft over de situatie waarin een iemand bezit via een houder: ‘Het bezit heeft hij, die feitelijke macht over de zaak uitoefent, zeiden wij. Nu is het echter mogelijk, dat de één die macht uitoefent krachtens een rechtsverhouding tot een ander. Op grond van die rechtsverhouding is deze dan in de mogelijkheid die macht te breken. Wie nu als bezitter te beschouwen? De vraag doet zich voor, als een dienstbode de huishoudelijke voorwerpen gebruikt door haar werkgever tot haar beschikking gesteld, ook als de een de zaak van de ander in bewaring heeft, of als zijn lasthebber haar heeft gekregen, ook eindelijk als hij haar heeft gehuurd. Stelt men de vraag aan hem, die enkel wil beschrijven wie in de maatschappij over een zaak macht uitoefenen, dan zal hij hebben te antwoorden, dat wel de een zekere heerschappij heeft, maar ook de ander daarop invloed kan hebben, dat dus de feitelijke macht mede door het recht wordt bepaald. (...)’ Asser/Scholten 1945, p. 43.

de koper houdt, of dat een erfgenaam een gelegateerd goed voor zichzelf of voor de legataris houdt.¹²⁰⁶

Ik bespreek hieronder beide door Meijers genoemde situaties afzonderlijk.

Wetsbepaling voor behoud van het saisine-bezit

*De wet kent aan de erfgenaam bezit toe [cursivering, HHR], onverschillig of deze zijn erfgenaamschapsrecht bewijzen kan en in het verkeer als erfgenaam erkend wordt.*¹²⁰⁷

Meijers zag zich voor de vraag gesteld hoe zijn ‘nieuwe’ recht zich verhield tot het ‘oude’ recht: doorbreekt het in het Ontwerp neergelegde bezitsbegrip de continuïteit?

Het oude recht kende de door Nicolaï voor het erfrecht zo fel bepleite *saisine*-rechtelijke regel dat de dode de levende in bezit stelt, *le mort saisit le vif* (597 OBW). Die regel bevat een bezitsbegrip dat afwijkt van dat uit het Romeinse recht: het is afkomstig uit een stelsel waarin men bezit kan omschrijven als een ‘subjectief recht op het ongestoord trekken van nut uit een goed’ zonder dat de verkrijger zich in de feitelijke heerschappij hoeft te hebben gesteld.¹²⁰⁸ Hoe slecht deze regel ook past bij het Romeinsrechtelijke bezitsbegrip van het Ontwerp, ze was inmiddels ingeburgerd en het schrappen ervan zou de acceptatie van het Ontwerp niet ten goede zijn gekomen. Meijers schijnt dan ook steeds van plan te zijn geweest de *saisine*-rechtelijke regel over te nemen: hiervan getuigt het vroegste ontwerp van de bezittitel.¹²⁰⁹

In het Ontwerp gebruikt Meijers het volgende voorschrift om de bezitseisen van feitelijke heerschappij, ja zelfs ook die van bezitwil te omzeilen door het *van rechtswege* toekennen van bezit aan de opvolger onder algemene titel:

Art. 6. (3.5.6 Ontwerp).

Bezit wordt verkregen door inbezitneming, door overdracht of door opvolging onder algemene titel.¹²¹⁰

Het heeft ongewijzigd zijn weg gevonden naar ons recht als art. 3:112 BW.

¹²⁰⁶ Meijers 1954 (Toelichting), p. 230.

¹²⁰⁷ Zie het volledige citaat in mijn noot 1206.

¹²⁰⁸ Zie hierboven, p. 120 e.v.

¹²⁰⁹ J. Drion, Onderhoud met EMM over de afdeling BEZIT op 26 April '48 en later. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1725.

¹²¹⁰ Vgl. art. 5 van het conceptvoorschrift: Bezit wordt behalve door inbezitneming door levering of door opvolging onder algemeen titel verkregen. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1725. Vergelijk ook Meijers 1948, p. 210.

Wetsbepaling ter inbezitstelling van de koper

*'Het is eveneens de wet, die beslist of na een verkoop de verkoper het verkochte goed voor zichzelf of voor de koper houdt [cursivering, HHR] (...).'*¹²¹¹

Om bovenstaande opmerking uit de Toelichting te begrijpen moeten we afstand nemen van de ontwerptitel *Bezit*: Meijers verwijst namelijk naar het volgende voorschrift uit de ontwerptitel *Van Koop en verkoop*:

Art. 4. (B.W. 59).

Tenzij anders is overeengekomen, is de verkoper van een zaak verplicht behalve het bezit ook de eigendom aan de koper te leveren. Deze bepaling vindt overeenkomstige toepassing, wanneer enig ander goed dan een zaak verkocht is. *Tenzij anders is overeengekomen, geschiedt de levering van het bezit van een zaak door haar afgifte aan de koper* [cursivering, HHR].¹²¹²

Het voorschrift heeft in bovenstaande bewoordingen de eindredactie niet gehaald, maar dat zal, zoals ik hieronder uiteenzet, met name te wijten zijn aan Meijers' wens om de kooptitel van zijn Ontwerp zoveel als mogelijk te laten aansluiten op internationale regelingen, zoals met name de Eenvormige Wet op de Internationale Koop van roerende lichamelijke zaken (EWIK, of, op zijn Frans, *LUVI: Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels*). Het enkele bestaan van het voorschrift in Meijers' Toelichting toont dat hij het nodig achtte om een specifieke wettelijke bepaling voor de bezitsverschaffing bij de koopovereenkomst in zijn Ontwerp op te nemen, náást de algemene regeling van de titel *Bezit*.¹²¹³ Verder toont het samenstel van het eerste en tweede lid van het voorschrift uit de Kooptitel dat Meijers bij koop onderscheid wenste te maken tussen de levering van het bezit en de levering van de eigendom van een goed. Hiermee handhaafde hij het in het oude recht aangenomen onderscheid tussen de 'feitelijke levering' en de 'juridische levering'.¹²¹⁴

¹²¹¹ Zie het volledige citaat in mijn noot 1206.

¹²¹² NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1371.

¹²¹³ Zie ook hieronder het citaat uit Bregsteins Toelichting in mijn noot 1240.

¹²¹⁴ Het oude recht kende verwarrenderwijs bij de verkoop van onroerende goederen twee voorschriften. De rechtsleer maakte onderscheid tussen de 'feitelijke levering' van art. 1511 OBW en de 'juridische levering' van art. 671. Art. 1511 OBW luidt: De levering is eene overdracht van het verkochte goed in de magt en het bezit van den koper'. Vgl. voor het eerdere recht art. 1604 Cc: *La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur*. Art. 671 OBW luidt: De levering of opdracht van onroerende zaken geschiedt door de overschrijving van de akte in de daartoe bestemde registers. In het recht van de Franse *Code civil* vindt men geen equivalent voor dit voorschrift omdat het natuurrechtelijke uitgangspunt van Franse wetboek geen levering vereist: eigendomsovergang kan reeds plaats kan vinden door de werking van

Het OBW vereiste een levering voor een geldige eigendomsoverdracht, zulks op grond van de Romeinsrechtelijke regel dat de eigendom van een zaak niet kan worden overgedragen door enkele overeenkomst, maar dat hiervoor levering vereist is.¹²¹⁵ Met het stellen van deze eis week de Nederlandse wetgever met opzet af van de regeling van de Franse *Code civil*, omdat hij restauratie wenste van vaderlandse rechtsbeginselen. Van Kan duidt die beginselen aan als *De Nationale Massa*:

Wij komen thans tot de vaderlandse rechtsbeginselen, welke tot aanvulling of met terzijdestelling van de desbetreffende bepalingen van den C.c. reeds vóór 1830 in het wetboek zijn gehandhaafd, deels na 1830 hersteld. In het Wetboek 1830 waren reeds opgenomen, de navolgende regelingen van oud-Hollandse herkomst, die in het Franse wetboek ontbraken, hetzij geheel andere richting uitgingen:

(...)f. de levering als vereiste voor eigendomsoverdracht, voor onroerend goed met overschrijving in de openbare registers (art. 679 en 670 Wetb. 1830, art. 639 en 671 B.W.) De Code huldigde een ander stelsel (art. 711, 1138, tweede lid, 1580), stelde ook de overschrijving niet verplicht.¹²¹⁶ In het oud-vaderlands recht gold het Romeins beginsel, dat eigendom niet dan door levering wordt overgedragen. Daartoe is men in 1825 teruggekeerd,¹²¹⁷ tevoren reeds tot de verplichte overschrijving¹²¹⁸, waarmede vermoedelijk eveneens terugkeer tot het oud-vaderlands recht beoogd werd. Intussen schijnt de betekenis van de overschrijving in het recht van de Republiek niet met zekerheid vast te staan.¹²¹⁹ Het Ontwerp 1820 aanvaardt zowel het hoofdbeginsel (art. 1016) als de overschrijving, deze echter met beperkte strekking (slechts tegenover derden, art. 1029); (...) ¹²²⁰

Zo principieel als de wetgever van het OBW de leveringseis uit het Romeinse recht omarmde, zo weinig principieel werkte hij deze uit in de voorschriften van

verbintenissen (aangegaan door een beschikkingsbevoegde), zie art. 711 Cc: *La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre-vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations*. Lubbers 1985, p. 71 e.v. Zie over de hevige discussie die vlak na de invoering van het OBW woedde over de vraag hoe de bezitsverschaffing van onroerend goed plaats diende te vinden: Brandsma 1989, p. 20 e.v. Vgl. Meijers 1948, p. 219 e.v. Zie ook hieronder mijn noot 1274.

¹²¹⁵ Bij Voorduin 1837, I,1, p. 215 treffen we aan de volgende variant op Codextekst 2,3,20: *non pactionibus, aut transactionibus, verum traditionibus demum rerum dominia transferuntur*: de eigendom van zaken gaat niet op een ander over door overeenkomst, maar door inbezitstelling.

¹²¹⁶ Van Kan 1938, p. 257 (noot 1): Sinds de wet van 23 Maart 1855 is dit laatste anders geworden.

¹²¹⁷ Van Kan 1938, p. 257 (noot 2): Vgl. VOORDUIN, III, blz. 459.

¹²¹⁸ Van Kan 1938, p. 257 (noot 3): NOORDZIEK 1822-1823, II, blz. 425-426.

¹²¹⁹ Van Kan 1938, p. 257 (noot 4): Zie ASSER-SCHOLTEN, II, 7^e dr., 1933, blz. 168-169; echter ook DE BLÉCOURT, blz. 188 en HOFMANN, Zakenrecht, 2^e dr., 1935, blz. 205.

¹²²⁰ Van Kan 1938, p. 256 en 257. Zie ook Lubbers 1985, p. 62 e.v.; Cohen 1938, p. 367 e.v.

de titels over *Eigendom* en *Koop en verkoop*. De bepalingen laten er namelijk geen twijfel over bestaan dat de wetgever andere eisen stelde aan de levering van eigendom van onroerend goed dan aan de levering van het bezit daarvan bij koop. Het leerstellige onderscheid tussen deze leveringsvormen lijkt te liggen in de uiteenlopende wijze waarop rechtssstelsels ‘bezit’ leveren: de *traditio* uit het Justiniaanse recht lijkt de grondslag voor de eis van de feitelijke levering uit de koopovereenkomst en de *vestitura* uit het *gewere*-recht die voor de juridische levering, benodigd voor overgang van het recht van eigendom.¹²²¹ Omdat dit twee totaal verschillende begrippen zijn, schijnt het een onmogelijke opgave om ze met elkaar te verzoenen.¹²²² Ook Meijers, die in zijn Ontwerp de praktijk van het OBW als uitgangspunt nam, slaagde hier niet in en moest daarom zijn

¹²²¹ De verbintenis van de verkoper van zowel roerende als onroerende zaken bestond in het Romeinse recht uit de overgifte, *trans-datio* → *traditio*, van het ongestoorde bezit. De verkoper voldeed aan zijn plicht door de koper in de gelegenheid te stellen het bezit *corpore et animo* te verkrijgen, zie D. 41,2,18,2, aangehaald door Lokin 1971, p. 124. Lokin benadrukt (p. 125) dat hij deze bezitsverkrijging niet als rechtshandeling beschouwt, omdat zij, naar Romeins recht, een *factum*, een feitelijk gevolg bewerkstelligt, nl. bezit. Bezitsverschaffing, *traditio*, leidt dan ook niet tot de verkrijging van een *recht* op de zaak. Zo wordt bij koop het eigendomsrecht pas verkregen als blijkt dat de bezitsverschaffing plaatsgevond door een beschikkingsbevoegde op grond van een geldige titel (D. 41,1,31 *pr.*, aangehaald bij Lokin 1985, p. 16). De *traditio* kende verder geen vormeisen (Lokin 1985, p. 17 e.v.). In zoverre lijkt deze verschaffing overeen te komen met het *gewere*-recht ten aanzien van roerende zaken: dit kende behalve overhandiging evenmin vormeisen. Wel bewerkstelligde de overhandiging een verlies van het *gewere*-recht voor de overhandiger (‘possession vaut titre’), slechts bij verlies of diefstal behield hij zijn *recht* op de zaak. De *gewere* moet, zoals ik hierboven aangaf, niet als feit beschouwd worden, maar als recht (zie hierboven, p. 121). Overdracht van de *gewere* op onroerende zaken verschilde van die van roerende zaken: zij geschiedde via *investitura*. Deze wijze kwam in zoverre overeen met de Romeinse overdracht van rechten door *mancipatio* en *in iure cessio* dat er vormeisen werden gesteld voor de overdracht van het recht (vgl. Asser/Scholten 1933, p. 166 e.v.; Nève 1985, p. 23 e.v.). De vormeisen dienden onder andere om de belanghebbenden bij de overdracht te beschermen, bijv. om hen in staat te stellen gebruik te maken van hun zogeheten naastingsrecht. Bijzonder interessant is de mogelijke parallel met de bescherming van belanghebbenden door de vormeisen van de vijf getuigen bij de *mancipatio* van het Romeinse recht, zoals gelegd door Hazewinkel-Suringa 1931, p. 68 e.v. Anders bijv. Lokin 1985, p. 16 die het nut van deze vormeisen gelegen ziet in het publiciteitsvereiste.

¹²²² Pogingen hiertoe zijn o.a. ondernomen door Lokin 1985, p. 21, die de (feitelijke) bezitsverschaffing wil zien in de vorm van de overschrijving van een akte in de openbare registers, een vormelijke eis en door Brandsma 1989, p. 44, die voorstelt om een voorschrift in het wetboek toe te voegen dat bepaalt dat de (feitelijke) bezitsverschaffing van onroerend goed gebonden is aan de inschrijving in de registers. Maar een obstakel voor verzoening vormt bijvoorbeeld de eis van de zogeheten zakelijke overeenkomst, die zinloos is in het causale stelsel, omdat dit stelsel reeds een geldige titel eist (vgl. Lokin 1985, p. 20), maar betekenis heeft in het abstracte *gewere*-rechtelijke stelsel dat slechts de naleving van vormvoorschriften vordert (vgl. Lubbers 1985, p. 74 e.v.).

toevlucht nemen tot het opnemen van een specifiek wetsvoorschrift in zijn *Koop*-titel.

Voor wat betreft de ‘feitelijke levering’ kent Meijers gewicht toe aan het uitoefenen van feitelijke macht over het goed: bezit is volgens hem een feitelijke kwestie.¹²²³ Dat bleek al in 1949, tijdens de 88^e vergadering van de Subcommissie. Aan de orde was onder andere de vraag of als bezitter beschouwd moest worden de koper van onroerend goed, dat nog niet was overgeschreven, maar waarover de koper al wel de feitelijke macht had verkregen. Anders gezegd: besproken werd de positie van de koper aan wie wel de ‘feitelijke levering’ had plaatsgehad, maar die nog geen eigenaar was geworden omdat de ‘juridische levering’ nog niet had plaatsgevonden. Meijers achtte verkrijging van de feitelijke macht voldoende om bezitsverkrijging aan te nemen, maar zijn opvatting stuitte op weerstand van andere commissieleden. Zo wierp De Jong de vraag op of men een dergelijke koper niet als houder voor de eigenaar moest aanmerken, op grond van de feitelijke rechtsverhouding.¹²²⁴ Meijers ontkende dit ten stelligste.

De VOORZITTER [Meijers, *HHR*] plaatst het systeem van het Ontwerp tegenover dat van de heer EGGENS. Volgens de heer EGGENS bestaan er slechts twee vormen van bezit in ruime zin: bezit te goeder trouw, dit is het bezit van hem die meent eigenaar geworden te zijn en daarnaast alle andere gevallen van bezit of houderschap. Naar de mening van de VOORZITTER echter, bevat bezit te kwader trouw geen contradictie, omdat de bezitter niet steeds de wil heeft, eigenaar te zijn, maar alleen de wil, om de macht van de eigenaar uit te oefenen. *Zo is de koper van een onroerend goed, dat nog niet op zijn naam is overgeschreven, maar waarover hem wel reeds de feitelijke macht verschafft is, bezitter en niet houder* [cursivering, *HHR*]. De heer DE JONG ontkent dit: de koper oefent die macht uit op grond van een rechtsverhouding tot de verkoper, is dus diens houder; het is ook deze rechtsverhouding, die het de verkoper onmogelijk maakt het goed van de koper te revindiceren. De VOORZITTER wijst echter op het geval, dat de verkoper-eigenaar zijn eigendom aan een derde overdraagt; wanneer die derde tegen de koper de revindicatie instelt, moet deze toch de rechten van de bezitter te goeder trouw hebben? En dat de verkoper niet zelf kan revindiceren, is een gevolg van de regel: “qui doit garantir ne peut évincer”. Bovendien, als 100 jaar verstreken is zonder dat een revindicatie is ingesteld is, zou de koper nog steeds geen eigenaar zijn, als hij van den beginne af aan slechts houder was. De heer EGGENS merkt ten aanzien van het laatste op, dat ook de houder van een zaak eigenaar moet worden, als de actie van de recht-

¹²²³ Zie hierboven het citaat uit de notulen van de Subcommissie bij mijn noot 1199.

¹²²⁴ Over het antwoord op dit vraagstuk, dat vanzelfsprekend ook van groot belang is voor de verkrijgende verjaring, wordt nog steeds verschillend gedacht. Zie voor een bespreking van standpunten en rechtspraak: Jansen 2008, p. 19-25. Jansen neemt hierin dezelfde positie in als Meijers.

hebbende extinctief verjaard is; men denke aan het geleende boek, dat men sinds onheuglijke tijden in zijn kast heeft staan.¹²²⁵

Maar Meijers overtuigde de commissieleden kennelijk niet: in de volgende vergadering maakte met name Eggens bezwaar tegen Meijers' zienswijze dat een koper, aan wie de eigendom nog niet was overgedragen, als bezitter beschouwd moest worden.¹²²⁶ Eggens deed dit naar aanleiding van de regeling van de bezitsoverdracht door tweezijdige verklaring (art. 9 Ontwerpbezittitel; art. 3:115 BW).

De heer EGGENS vraagt, of dit artikel ook bedoelt, de bezitsoverdracht van onroerend goed te regelen. *De VOORZITTER antwoordt, dat het Ontwerp, in tegenstelling met het Duitse recht, wat bezit betreft geen principieel verschil maakt tussen roerend en onroerend goed* [cursivering, HHR]. Op een vraag van de heer Van Brakel,¹²²⁷ somt de heer EGGENS nog eens de redenen op waarom hij deze bepalingen onbevredigend acht:

1. de artt. 6 en volg. wekken de indruk, dat het verkrijgen van bezit zonder eigendom geoorloofd zou zijn;
2. hij, aan wie de feitelijke macht zonder de eigendom wordt overgedragen zou niet houder zijn, maar bezitter, en wel bezitter te kwader trouw;
3. de bezitter te kwader trouw zou de positie van een zakelijk gerechtigde krijgen.

De VOORZITTER antwoordt op deze punten het volgende:

ad. 1. de vraag wie bezitter is, wordt geenszins beslist door de vraag wie de macht mag uitoefenen; zo kan degene, aan wie op de wettelijk voorgeschreven wijze het bezit werd overgedragen, zeer wel bezitter te kwader trouw zijn. In de Toelichting zal op dit punt gewezen worden.

¹²²⁵ Notulen van de acht en tachtigste vergadering van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving, Bespreking van de titel BEZIT. De vergadering werd gehouden op woensdag 26 October 1949 te 10 uur in het Ministerie van Justitie te 's-Gravenhage. Aanwezig waren de Voorzitter, Mr. Meijers, de leden Mrs. Van Brakel, Bregstein, Eggens, de Jong, Scholten, Mevr. Schönfeld, Visser van IJzendoorn, de algemene secretaris Mr Belinfante en Mr Drion, adjunct-secretaris. In de volgende vergadering (zie noot 1229) handhaaft Meijers zijn standpunt dat een koper van onroerende goed na levering als bezitter aangemerkt moet worden.

NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 182.

¹²²⁶ Vgl. Eggens 1929 (*WPNR* # 3095-3096). Hierin sprak hij zich uit voor de zienswijze dat bezit van onroerende zaken niet losgemaakt kan worden van het recht van eigendom. Deze mening vertolkte hij ook in zijn *Rapport over den titel Bezit* (B.W. 24a.), m.n. p. 3 & 6. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 617. Zie ook: Jansen 2008, p. 20 e.v.

¹²²⁷ Hoewel ik het nergens expliciet vermeld heb gevonden, meen ik uit van Brakels bijdrage in de notulen op te mogen maken dat hij in de Subcommissie fungeerde als Bregsteins tegenrapporteur met betrekking tot de concepttitel over Verkrijging en Verlies van Goederen. Zie over Meijers' gebruik van rapporteurs bij de bespreking van zijn Ontwerp, Florijn 1996, p. 117 e.v.

ad. 2. *de koper, aan wie de verkoper de feitelijke macht overdraagt vóór de overschrijving, wordt in het algemeen bezitter en niet houder, vooreerst omdat de verkoper aldus aan zijn verplichting voldoet, om de koper het bezit te verschaffen, voorts omdat als de overschrijving achterwege bleef en na twintig jaren de reivindicatie verjaart, is toch de koper eigenaar en niet degene, die op dat moment als houder van de koper in het goed zit* [cursivering, HHR].¹²²⁸

ad 3. de bespreking van dit punt wenst de Voorzitter uit te stellen tot de behandeling van art. 16 [het huidige art. 3:125 BW, HHR].¹²²⁹

Het verslag maakt in de eerste plaats duidelijk dat Meijers het mogelijk acht dat men bij koop bezit kan overdragen zonder eigendom.¹²³⁰ Het is duidelijk dat die opvatting fundamenteel verschilt met die van Eggens.¹²³¹ Verder verduidelijken de notulen dat Meijers in zijn Ontwerp een uniforme regeling voor bezit opnam, die zowel toepasbaar is op roerende als onroerende goederen. Die regeling zou ook buiten de bezittitel toegepast worden, omdat het verschaffen van bezit een verbintenis is die voor de verkoper voortvloeit uit de koopovereenkomst.

Voor de kooptitel nam Meijers als basis het Benelux-voorontwerp inzake koop en ruil.¹²³² Van groot belang is verder het Ontwerp van de Eenvormige

¹²²⁸ Meijers bleef bij dit standpunt: zie het vervolgens bij art. 12 besprokene en, naar aanleiding hiervan, het uiteindelijke art. 3.5.14 lid 4 Ontwerp. Notulen van de negen en tachtigste vergadering van de Subcommissie: zie noot 1229. De concept-Toelichting (B.W. 24) bevat reeds een alinea die aantoonde dat Meijers aan de koper de status van bezitter wilde toekennen met behulp van een wetsvoorschrift. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 617. Deze alinea heeft ongewijzigd haar weg gevonden naar de uiteindelijke Toelichting: ik heb haar weergegeven bij noot 1206.

¹²²⁹ Notulen van de bespreking van de titel *Bezit* in de negen en tachtigste vergadering van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving. De vergadering wordt gehouden van 5 November 1949 te 10 uur in het Ministerie van Justitie te 's-Gravenhage. Aanwezig waren de voorzitter Mr Meijers, de leden Mrs. Beekhuis, van Brakel, Bregstein, Eggens, De Jong, Petit, Scholten, Mevr. Schönfeld, Visser van IJzendoorn, van Vrijberghe de Coningh, de algemeen secretaris Mr Belinfante en Mrs. v.d. Bergh en Drion, adjunct-secretarissen. Voortzetting der bespreking van de Titel *Bezit*. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 181.

¹²³⁰ Vgl. Meijers 1948, p. 219: 'Tegenwoordig treden deze rechtsgevolgen niet meer steeds te zamen als gevolg van één rechtsfeit op. In het Nederlandse recht gaat bij onroerend goed de eigendom door andere feiten over dan die overgang van het bezit bewerkstelligen.'

¹²³¹ Zie hierboven noot 1226.

¹²³² Dit geeft Meijers zelf aan: 'T.a.v. de Koop zal het desbetreffende Benelux-voorontwerp als basis worden genomen. T.a.v. de Koop op afbetaling en huurkoop zal de desbetreffende afdeling uit het B.W., gezien het feit dat deze van nog betrekkelijk recente datum is, in beginsel worden overgenomen.' O.a. de titel van koop zou in een subcommissie ad hoc worden besproken. De samenstelling van deze subcommissie was de volgende: Mrs. Meijers, Bregstein en Drion, alsmede Mr Franken als secretaris. Notulen van de honderd vier en veertigste vergadering van de Subcommissie Burgerlijk Recht

Wet inzake de Internationale Koop van roerende lichamelijke zaken, de EWIK of LUVI.¹²³³ Meijers was nauw betrokken bij het opstellen van al deze ontwerpen en verwerkte ze steeds in zijn ontwerp voor de Kooptitel.¹²³⁴ De EWIK is met name relevant: vanwege de worsteling van de ontwerpers met de begrippen ‘levering’ en ‘bezit(-sverschaffing)’.¹²³⁵ Meijers’ wens om zijn Ontwerp steeds aan te passen aan de laatste ontwikkeling van deze regeling leidde tot overname van deze begripsverwarring in de ontwerp-Kooptitel (B.W. 59). Dit blijkt onder meer uit de uitkomst van een discussie die volgde op een opmerking van Drion over de onderzoeksplicht van de koper naar verborgen gebreken:

van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving op Zaterdag 26 September 1953. Aanwezig waren de voorzitter Mr Meijers, de leden Mrs. Belinfante, tevens algemeen secretaris, Bregstein, Drion, Eggens en mevrouw Schönfeld-Polano, alsmede Mr Franken, secretaris van Prof. Meijers. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 182.

¹²³³ Zie over de totstandkoming hiervan nader: Oly 1982. Op p. 16-17 merkt zij op: ‘Uit de geschiedenis van de EWIK ontwerpen komt het onthechte theoretische karakter van de EWIK naar voren. Kompromissen tussen rechtssystemen zijn vermeden door een eigen begrippenkader en een nieuw systeem voor deze wet te maken. Voor Nederland heeft deze systematiek extra betekenis, niet alleen doordat de EWIK model heeft gestaan voor het ontwerp van titel 1 van boek 7 nieuw BW over koop en ruil, maar ook doordat in de persoon van E.M. Meijers één van de ontwerpers van de EWIK – en dan één die vooral ten aanzien van de systematiek een dominerende rol heeft gespeeld – met de grondlegger van het nieuw BW verenigd zijn geweest. De invloed van de EWIK-ontwerpen op het ontwerp nieuw BW is naar mijn mening zo groot, dat de geschiedenis van de EWIK tot die van het nieuw BW behoort.’ Zie ook: Florijn 1994, p. 169.

¹²³⁴ Het uitgangspunt was dat de kooptitel steeds in overeenstemming werd gebracht met de voortschrijdende redactie van supranationale bronnen. Dit blijkt niet alleen uit de in de ontwerpen aangebrachte wijzigingen, maar ook uit de concept-Inleiding op de kooptitel, die mr. R. Bregstein aantrof in de nalatenschap van zijn vader en in 1958 aan De Jong toezond. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1372. Vgl. Parlementaire Geschiedenis 1991 (Boek 7), p. 13 e.v.

¹²³⁵ Zie hierover Meijers 1952, p. 648 e.v.; *VPO* III, p. 340 e.v. Zie in het bijzonder Meijers terechte opmerking op p. 660; *VPO* III, p. 341: ‘Bovendien werkt verwarrend wanneer men het woord levering bij de koop in geheel andere zin gebruikt dan in de overige gedeelten van het recht – b.v. in het zakenrecht.’ De samenstellers van het Ontwerp 1939 hadden het zakenrecht echter bij hun werkzaamheden met opzet buiten de deur gehouden: ‘La première question qui se posa aux rédacteurs fut celle du transfert de propriété. Pour les Anglais et les Français, le transfert de propriété est un élément essentiel du contrat de vente. Celui-ci n’est pas seulement générateur d’obligations; il réalise un transfert de droits réels, contrairement au système germanique. Dès le début des travaux, les partisans des systèmes anglo-français et germanique se séparèrent sur ce point. On eut l’idée, à ce moment, de considérer le transfert de propriété comme un simple moyen de technique juridique pour rendre compte de certains phénomènes de la vie réelle, et d’étudier ces phénomènes en eux-mêmes. Alors que les jurists n’avaient pu arriver à un système transactionnel quant au transfert de propriété, tout le monde tomba d’accord sur le plan des réalités.’ Actes 1952, p. 119. Vgl. de opmerking van Oly in mijn noot 1233.

Mr Drion meent dat de in het ontwerp gekozen formulering van art. 13 grote moeilijkheden zal opleveren in geval van doorverkoop vóór de aflevering der zaak, immers naar de letter zou dan iedere actie wegens gebreken onmogelijk zijn. Na een uitgebreide discussie blijkt dat hier een misverstand bestond. De Voorzitter merkt nl. op dat met “levering” hier de feitelijke levering is bedoeld. De begripsmatig juiste onderscheiding der termen levering, aflevering, overdracht enz. moet voor het hele ontwerp nog nader bestudeerd worden.¹²³⁶

Onder andere uit deze uitspraak blijkt dat Meijers in zijn Ontwerp het onderscheid uit het oude recht tussen ‘feitelijke’ en ‘juridische’ levering wilde handhaven.¹²³⁷ Verder pleitte Meijers al in 1928 voor een ‘betere regeling van de verplichting tot eigendomsverschaffing bij koop en van art. 1507 B.W.;’ (punt 85).¹²³⁸ Zijn Ontwerp verplicht de verkoper dan ook om zowel bezit als eigendom te leveren, dit toont de laatste versie van de titel *Koop*.¹²³⁹ Ze dateert van 12 juni 1954, vlak voor Meijers’ dood op 25 juni:

¹²³⁶ Notulen van de op 20 September 1951 ten huize van Prof. Meijers gehouden vergadering. Aanwezig de Voorzitter Mr. Meijers, de leden van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving, Mrs. Van Brakel en Drion; voorts de Heren Mrs. Bel, Van Eeghen, Kuijk, Libourel en Lichtenauer, onderscheidenlijk vertegenwoordiger van de Hoofdgroep Handel, voorzitter van de K.v.K. te Amsterdam, voorzitter van de Broederschap van Notarissen, secretaris van de Broederschap van Notarissen en vertegenwoordiger van de K.v.K. te Rotterdam; en de assistent van Prof. Meijers, Mr. Franken. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1738. De oorsprong van de begripsverwarring lag dus bij het ontwerp van het verdrag van de internationale koop: dit kende dezelfde begripsmatige problemen, zie ook de vaststelling van Oly in mijn noot 1233. De ontwerpers belandden bij hun beschrijving van de kernbepaling *delivrance* (art. 19 lid 1 van het toenmalige Ontwerp) uiteindelijk steeds op het begrip ‘bezit’, zoals Meijers aangeeft: ‘Men heeft aangevoerd, dat invoering van de term bezit de grootste verwarring zou brengen, omdat iedere wetgever iets anders onder het bezit verstaat. Inderdaad heeft de Duitse wetgever met de invoering van zijn begrip “Besitz” veel verwarring gesticht. Maar zelfs de invoering van dit begrip heeft niet kunnen voorkomen, dat men bij de verkoop een verplichting tot overgang van het bezit in de gewone zin heeft moeten handhaven en dat ook het Romeinse ontwerp zich herhaaldelijk van dit begrip bedient: het noemt het *remise*. En waar het dan ook spreekt van tous les actes incombant au vendeur *afin que* la chose soit remise à l’acheteur, bedient men zich van dit begrip.’ Meijers 1952, p. 659-660; *VPO* III, p. 341.

¹²³⁷ Zie bijvoorbeeld de notulen van de twee en zeventigste vergadering van de van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving op 27 november 1948. Hierin stelde Eggens een vraag over artikel 4 van de titel vruchtgebruik: ‘Op een vraag van de heer Eggens antwoordt de Voorzitter dat onder “levering” in het laatste lid is te verstaan de juridische levering: de feitelijke levering zal voor de beperkte zakelijke rechten elders worden geregeld.’ NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 181.

¹²³⁸ Meijers 1928 (*WPNR* # 3031), p. 51; *VPO* I, p. 97.

¹²³⁹ Meijers heeft op 14 november 1953 het overleg over de titel *Koop* afgerond. Florijn 1994, p. 441.

Art. 2. (B.W. 59 II).

1. De verkoper van een zaak is verplicht de eigendom daarvan aan de koper over te dragen en hem die zaak te leveren.
2. De levering wordt voltrokken door de koper in het bezit van de zaak te stellen.¹²⁴⁰

De verplichting van de verkoper in dit ontwerpartikel wijkt af van de eerste versie (B.W. 59): vereist is niet langer *afgifte* van de zaak, maar een *in het bezit stellen*. De tekst is ongewijzigd ten opzichte van de voorlaatste variant (B.W. 59ter).¹²⁴¹ Verder zien we in de tekst de contouren van het voorschrift van ons huidige BW opdoemen, art. 7:9 lid 2 BW bepaalt immers: *Onder aflevering wordt verstaan het stellen van de zaak in het bezit van de koper*.¹²⁴²

¹²⁴⁰ NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1371. Zie voor de datering van de verschillende versies van de kooptitels de brief van Mr. R. Franken van 3 november 1954 aan Prof. Mr. M.H. Bregstein: NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1372. De Toelichting vermeldt voor art. 2 van BW 59II: 'Uitdrukkelijk wordt thans vastgelegd, dat de verkoper tot eigendomsoverdracht is verplicht en dat hij dus wanprestatie pleegt indien hij geen eigendom levert. Hiermede is een oude strijdvraag [verwijzing naar Asser-Kamphuisen III-3, p. 11 v., *HHR*] tot oplossing gebracht. De regeling der vrijwaring wordt zo een nadere uitwerking der gevolgen der wanprestatie. Art. 1507 B.W. verliest zo tevens elke zin. De wettelijke regeling wordt zo tevens in overeenstemming gebracht met de bij de contracten levende voorstelling dat de verkoper garandeert dat hij de eigendom zal verschaffen [verwijzing naar Asser-Kamphuisen III-3, p. 13, *HHR*]. Daarnaast blijft de verkoper tot levering verplicht. Wat daaronder is te verstaan wordt nader omschreven in lid 2: "de verkoper moet in het bezit van de zaak worden gesteld". Volgens art. 8 van 3.5 is voor bezitsoverdracht niet meer vereist dan dat men de bezitsverkrijger in staat stelt die macht uit te oefenen die men zelf over het goed kon uitoefenen. Voor de in dit art. inbezitstelling is meer nodig: de koper met het hem ter beschikkinggestelde bezit ook hebben aanvaard, anders is er geen inbezitstelling. Deze is dus een tweezijdige handeling. Daarenboven is de verkoper verplicht de koper de feitelijke macht over het goed te verschaffen. Hij behoeft geen genoegen te nemen met het verschaffen van het middellijk bezit, tenzij anders is overeengekomen. De verkoper zal ingevolge de algemene bepalingen van verbintenissenrecht ter woonplaats van de koper moeten leveren. Er is geen aanleiding om voor de koop anders te bepalen [Vgl. Meijers 1952, p. 661; *VPO* III, p. 343, *HHR*]. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1372.

¹²⁴¹ NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1371. Het belang van deze vaststelling ligt in het inzicht dat Meijers de tekst in ieder geval niet vlak voor zijn dood gewijzigd heeft.

¹²⁴² Zie De Jong 1972 (Toelichting Meijers), p. 840 e.v. op art. 7.1.2.1: 'Het eerste lid legt de twee hoofdverplichtingen van de verkoper vast: overdracht van eigendom en aflevering. (...) Naast de overdracht van de eigendom bevat lid 1 van het voorgestelde artikel de verplichting van de koper tot afleveren. In het algemeen wordt met de term aflevering zowel de verschaffing van bezit als houderschap aangeduid; zie de tweede alinea van bij art. 6.1.61. Lid 2 van het onderhavige artikel concretiseert deze aanduiding voor koopovereenkomsten in het algemeen als *bezitsverschaffing* [cursivering, *HHR*].'

De wijziging van de tekst roept de vraag op of Meijers zijn positie wilde herzien ten aanzien de positie van de koper van onroerend goed aan wie wel reeds de feitelijke macht was verschaft, maar die nog niet de eigendom had verkregen. Moeten we de wijziging opvatten als aanwijzing dat Meijers de positie van deze koper niet langer door middel van een specifieke wetsbepaling in de titel Koop wilde regelen, maar dat hij aansluiting zocht bij de algemene regels van Boek 3? Anders geformuleerd: komt Meijers terug op zijn eerdere Toelichting op de titel *Bezit* of heeft de wijziging een ander motief?

Ik betoog het laatste. Ik voel me daarin gesterkt door Bregsteins toelichting op de titel *Koop*.¹²⁴³ De nieuwe bewoordingen beogen geen inhoudelijke wijziging: ze zijn ongetwijfeld gekozen om scherper uit te laten komen dat de verkoper niet van zijn verbintenis gekweten is door het verrichten van een eenzijdige handeling.¹²⁴⁴ Dit is van belang omdat Meijers in 1951 met deze zienswijze werd geconfronteerd tijdens een conferentie over het Ontwerp voor de Eenvormige Wet op de Internationale Koop. Daarin beklemtoonde één van de initiatiefnemers van het Ontwerp, Ernst Rabel, dat de in dit Ontwerp gebruikte uitdrukking *délivrance* niet persé hoefde te betekenen dat de koper ook *in het bezit* van de zaak werd gesteld.

Dhr. Rabel (Instituut voor de Uniformering van het Recht) vestigt Meijers' aandacht op het punt dat in geval van transport, de aflevering niet altijd in ieder systeem de inbezitstelling van de koper inhoudt.

In het geval van een verkoop C.A.F.¹²⁴⁵ bijvoorbeeld, wie is de partij die de zaak gedurende het transport per schip bezit?

Dhr. Rabel is daarom van mening dat men het zuiver juridische begrip 'bezit' niet moet vermengen met de risico-omslag [die in het Ontwerp teweeg wordt gebracht door de eenzijdige handeling van 'aflevering', *HHR*].¹²⁴⁶

Meijers verwierp de gedachte van een *délivrance* zonder inbezitstelling.¹²⁴⁷ Die stellingname verrast niet: Meijers had in zijn *Algemene Begrippen* reeds als zijn

¹²⁴³ Zie het citaat in mijn noot 1240 (*in fine*).

¹²⁴⁴ Vgl. voor het volgende Oly 1982, p. 102 e.v. (§ 8. Het begrip *délivrance* volgens het Ontwerp '39).

¹²⁴⁵ Cost And Freight, de huidige INCO-aanduiding is CFR.

¹²⁴⁶ Actes 1952, p. 122: 'M. RABEL (Institut Unification Droit) fait remarquer à M. Meijers qu'en cas d'expédition, en effet, la *délivrance* n'est pas, dans tous les systèmes, la mise en possession de l'acheteur. Dans le cas de la vente C.A.F. par exemple, quelle est la partie qui possède la chose pendant le voyage par bateau? M. Rabel estime, en conséquence, qu'il ne faut pas mêler la notion purement juridique de possession au transfert des risques.'

¹²⁴⁷ Zie in dit verband ook het citaat bij mijn noot 1236 en het daarin opgenomen commentaar (*in fine*).

mening te kennen gegeven dat een dergelijke ‘levering’ niets met een bezits- of eigendomslevering te maken had:

Nog meer zijn de rechtsgevolgen uiteengevallen sinds het gebruikelijk geworden is, dat bij de transito-koop van soortzaken het risico van de verkoper op de koper overging op het ogenblik, dat de verkoper de zaak aan een vervoerder heeft overgegeven. *Ook deze eenzijdige handeling vindt men in wetgevingen en literatuur veelal als levering aangeduid, vooral in die landen, die in beginsel de woonplaats van de schuldenaar als de plaats van levering hebben aangewezen. Deze levering heeft weer niets met de bezits- of de eigendomslevering te maken, nog minder met het in het ontvangst nemen van de waar door de koper. Zo heeft het vroegere enkelvoudige feit der levering zich in drie of vier in de tijd uiteenliggende handelingen opgelost. De terminologie is daarbij in alle landen achter gebleven, doordat voor al deze handelingen de woorden levering en aflevering (livraison, délivrance, remise enz.) door elkaar gebruikt worden [cursivering, HHR].*¹²⁴⁸

Volgens Meijers strekt de verbintenis van de verkoper zich uit tot een inbezitting van de koper. Dit blijkt in het bijzonder uit zijn rapport aan zijn medeleden van de zogeheten *Commission Spéciale*, die na de conferentie was ingesteld om zich te buigen over de terminologie van het Ontwerp. Meijers’ rapport bevat het volgende voorstel voor wijziging van het voorschrift. Ik vertaal het als volgt:

Art. 18. (Ontwerp EWIK).

De verkoper verplicht zich tot de levering van de zaak en zijn toebehoren aan de koper. De levering bestaat uit de overhandiging van de zaak aan de koper overeenkomstig het contract (...)¹²⁴⁹

Meijers’ rapport was bijzonder invloedrijk: terwijl de term *délivrance* in de EWIK werd behouden, werd zij voorzien van een geheel nieuwe inhoud.¹²⁵⁰ Ik

¹²⁴⁸ Meijers 1948, p. 220.

¹²⁴⁹ Art. 18: Le vendeur s’oblige à délivrer la chose et ses accessoires à l’acheteur. La délivrance consiste dans la remise de la chose à l’acheteur conformément au contrat (al. 3 et al. 4 sont des règles de risques). Meijers’ rapport is opgenomen in Oly 1982, p. 193 als Bijlage 4: III^e Session de la Commission. Document No. 48. Rapport de Monsieur Meijers: *La mise à disposition*. Oly vermeldt (p. 104) dat Rabel zich hevig tegen deze wijziging heeft verzet: ‘la nouvelle conception de la délivrance qui renverse tout le projet’ en dat hij daarnaast met nadruk heeft gevraagd: ‘*Qu’est-ce que délivrer au sens de article 18 – fournir la possession? la propriété ou quoi?*’ [cursivering, HHR].

¹²⁵⁰ Oly 1982, p. 103-104: ‘Tijdens de conferentie ’51 bleek men grote moeite met dit begrip *délivrance* te hebben. De Commission Spéciale heeft dan ook de opdracht gekregen te onderzoeken of het woord *délivrance* de geëigende term is om te bepalen waartoe de verkoper verplicht is. De Commission Spéciale heeft het standpunt van de conferentie uiteindelijk opgevat als een verwerping van het eenzijdige karakter van de

ga niet verder in op het begrip *délivrance*, maar beperk me tot de vaststelling dat Meijers laatste ontwerp voor het NBW (B.W. 59 II, art. 2 lid 2) ten aanzien van de verplichting van de verkoper volledig aansluit op de totstandkomingsgeschiedenis van de EWIK.

Ik kom tot de slotsom dat er geen aanleiding bestaat om aan te nemen dat Meijers met zijn gewijzigde redactie van art. 2 (BW 59 II) ook maar iets heeft willen terugnemen van zijn uitgangspunt dat men de koper van een onroerende zaak als bezitter moet beschouwen wanneer de verkoper hem de feitelijke macht verschaft vóór de overschrijving. Het Ontwerp handhaafde de scheiding tussen feitelijke inbezitstelling en juridische levering. Meijers achtte het mogelijk om bezit over te dragen zonder de eigendom. Het was zijn bedoeling om in de titel *Koop* een voorschrift op te nemen dat een koper van een zaak uitdrukkelijk tot bezitter verklaarde zodra hij de zaak feitelijk geleverd kreeg. Een koper kon op grond van zijn bezit bezitsbescherming inroepen en de onroerende zaak door verjaring in eigendom verkrijgen. Later doorgevoerde wijzigingen die spreken van een ‘inbezitstelling’ verwijzen niet naar titel 5 van Boek 3, met name niet naar art. 8 van Ontwerptitel 3.5.¹²⁵¹ Deze wijzigingen vonden plaats omdat Meijers voor wat betreft de feitelijke levering geen onderscheid wilde maken tussen roerende en onroerende zaken en aansluiting zocht bij de terminologie van de EWIK.

Meijers was geen wetgever, maar ontwerper. Welk gewicht moeten we dan toekennen aan zijn uitgangspunt dat de koper van een onroerende zaak na de feitelijke levering bezitter is? Van doorslaggevend belang lijkt me Meijers stellingname in zijn *Algemene Begrippen* dat in het Nederlandse recht bij onroerend goed de eigendom door andere feiten overgaat dan die de overgang van bezit bewerkstelligen.¹²⁵² Wie deze stelling onderschrijft loopt tegen de moeilijkheid aan van het bepalen van het bezit. Dat is in het Ontwerp immers een feitelijke bepaling die berust op verkeersopvattingen, dus op ‘wat men ervan vindt’. Pleysier acht dit criterium ongeschikt:

Indien iemand vóór het passeren van de transportakte het huis al in mag, bijvoorbeeld om daar alvast te klussen, is hij dan bezitter of detentor? De door het

handeling waartoe de verkoper verplicht is. De commissie heeft weliswaar de term behouden, maar daar een andere inhoud aan gegeven. Hoewel door de jaren heen de Commission Spéciale telkens opnieuw over het begrip *délivrance* heeft beraadslaagd, is de beslissing tot behoud van de term maar met een nieuwe inhoud al op de tweede zitting gevallen. Bepalend voor deze beslissing is een rapport van Meijers van nog geen vier bladzijden geweest. In dat rapport komt een opvatting naar voren die Meijers al tijdens de conferentie in 1951 en in 1952 – uitvoeriger beargumenteerd in *Rechtsgeleerd magazijn Themis* had verdedigd.’

¹²⁵¹ Zie hierover Bregsteins Toelichting, aangehaald in mijn noot 1240.

¹²⁵² Meijers 1948, p. 219.

hof aangevoerde ‘verkeersopvattingen’ geven mijns inziens geen enkele helderheid: in de doctrine heerst niet alleen grote twijfel, indien men ‘de man in de straat’ het probleem uitlegt zegt, zo is mijn ervaring, de een dit en de ander dat. Dit ogenschijnlijk nogal theoretische onderscheid tussen bezitter en detentor kan op de meest onverwachte momenten van groot praktisch belang zijn, (...) ¹²⁵³

Ik acht het juist dat Meijers voor deze situatie helderheid wilde scheppen met een uitdrukkelijke wetsbepaling die de koper bij afgifte in het bezit stelt. Maar de bepaling die hij voor ogen had wijkt nadrukkelijk af van de regeling die hij gaf in titel 5 van Boek 3. En het is juist deze titel waaruit tegenstanders van het aannemen van bezit van de koper hun argumenten putten. ¹²⁵⁴ Daarmee zijn die argumenten mijns inziens *a priori* niet overtuigend: ze houden immers geen rekening met de door Meijers in de titel *Koop* beoogde *lex specialis* die bezit deed overgaan door afgifte, zodat er geen behoefte bestaat aan constructies als bruikleen, inbezitneming of ‘inbezitgeving’.

De kern van het vraagstuk is de rechtspolitieke keus tussen begripszuiverheid en rechtszekerheid. ¹²⁵⁵ De rechtszekerheid is ermee gediend dat er in de registers geen vervuiling optreedt wegens niet-geregistreerde eigendomsverkrijgingen. Aan de andere kant is de begripszuiverheid ermee gediend dat we het bezitsbegrip niet denatureren. Een zorgvuldige afweging stoelt mede op kennis van zowel de totstandkomingsgeschiedenis van het Ontwerp als de Parlementaire Geschiedenis. Voorafgaand aan mijn stellingname behandel ik daarom eerst deze twee grondslagen.

• Totstandkomingsgeschiedenis Ontwerp

De totstandkomingsgeschiedenis van het Ontwerp toont dat Meijers aanvankelijk één voorschrift wilde opnemen om alle wijzen van verkrijgende verjaring van registergoederen te regelen. ¹²⁵⁶ Dat conceptvoorschrift omvat dus

¹²⁵³ Pleysier 1995 (# 24), p. 201.

¹²⁵⁴ Vgl. bijv. HR 9 september 2011 ECLI:NL:HR:2011:BQ5989, (*Leune Bouw/Hoogheemraadschap*), , de daarin aangehaalde Parlementaire Geschiedenis en schrijvers, m.n. Jansen 2008. Zie ook: Jansen 2012, Rank-Berenschot 2012, p. 14-15 en p. 53-54 (§ 37); *NJ* 2012/312 met annotatie F.M.J. Verstijlen.

¹²⁵⁵ Vergelijk Jansen 2012, p. 260 e.v.

¹²⁵⁶ Vergelijk de algemene toelichting op het hieronder weergegeven art. 12 (B.W. 21): ‘Aangezien voor alle goederen, waarvoor registers worden gehouden een verkrijging door verjaring van gelijk belang is en daarbij gelijke overwegingen gelden, zijn deze in één artikel te zamen gevoegd. (...)’ B.W. 22, *Van verkrijging door verjaring*, p. 1. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 609.

zowel het huidige art. 3:99 als art. 3:105 BW, althans voor wat betreft registergoederen. Het luidde als volgt:

Art. 12. (B.W. 21).

Hij, die te goeder trouw een registergoed onafgebroken gedurende tien jaren bezit, verkrijgt dat goed door verjaring.

Hij, die een registergoed zolang bezit, dat de vordering van de rechthebbende tegen hem verjaard is, verkrijgt dit goed al is hij niet te goeder trouw.

Nochtans werkt een verjaring niet ten voordele van degene, die niet als verkrijger in de registers ingeschreven staat, dan nadat hij op rechterlijk bevel als rechthebbende ingeschreven is. Dit bevel wordt slechts gegeven, indien binnen een door de rechter te bepalen tijd niemand op een openbare oproep verschenen is of de tegenspraak van de verschenen personen ongegrond bevonden is. Zij, die in de registers ingeschreven staan als hebbende enig recht op het betrokken goed, moeten persoonlijk opgeroepen worden. Voor het overige worden bij het aanvragen van dit bevel de voorschriften, die voor een openbare dagvaarding gelden, in acht genomen.¹²⁵⁷

De tweede volzin toont dat Meijers ook de bezitter te kwader trouw een verkrijgende verjaring ten deel wilde laten vallen.¹²⁵⁸ Hij lichtte dit als volgt toe:

ad 2e. Het ontwerp kent ook een verjaring ten behoeve van de bezitter te kwader trouw, wanneer tegen deze de vordering van de eigenaar door verjaring is te niet gegaan. De tegenwoordige toestand, volgens welke een zodanige bezitter geen eigenaar is, van hem echter het onroerend goed niet opgevorderd kan worden, terwijl hij zich zelf met bezitsacties tegen iedere stoorder handhaven kan, verschilt alleen in naam van eigendomsrecht en bestendigt onbepaald een verschil tussen de juridische en feitelijke toestand. Wat Scholten (Asser II bl. 226) opmerkt, dat er een nauw verband bestaat tussen de tenietgaande en verkrijgende verjaring, is zeker waar; dat moet er echter niet toe leiden om een revindicatie nog aan de eigenaar te geven, hoewel deze zonder reden meer dan dertig jaar heeft laten voorbijgaan, maar om, wanneer volgens de algemene regel van de tenietgaande verjaring de revindicatie verjaard is, de bezitter krachtens de verkrijgende verjaring als rechthebbende aan te merken. Aldus wordt de regel door de door Scholten t.a.p. genoemde Franse auteurs opgevat. Zie Planiol I n. 2651 (ed. Ripert-Boulanger I n. 3149) en Julliot de la Morandiere-Capitant I n. 1183. Ook het ontwerp 1899 kende in de artt. 89 en 91 gelijke regeling.¹²⁵⁹

¹²⁵⁷ NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 609.

¹²⁵⁸ Vergelijk het citaat bij mijn noot 1228.

¹²⁵⁹ B.W. 22, *Van verkrijging door verjaring*, p. 2. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 609.

Met name de derde volzin van het voorschrift toont dat Meijers het gevaar van door verkrijgende verkrijgende verjaring veroorzaakte registervervuiling volledig onderkende. Dit besef blijkt ook uit zijn concept-Toelichting:

ad 3e. Het ontwerp verlangt, dat wil de verjaring werken, de bezitter als rechthebbende in de registers ingeschreven staat of zich krachtens rechterlijk bevel laat inschrijven.

Dit vereiste hangt samen met de opzet van het ontwerp om iedere rechtshandeling en ieder ander rechtsfeit, dat de rechtspositie van een registergoed betreft, uit de register te doen blijken [cursivering, HHR]. Bij hoge uitzondering zal het dus voorkomen, dat iemand de verjaring wenst in te roepen, zonder dat hij als verkrijger in de registers ingeschreven staat. Voor dit geval is voorgeschreven, dat aan de verkrijging door verjaring alsdan een inschrijving op rechterlijk bevel dient vooraf te gaan. Daar de rechter deze inschrijving alleen gelast na een dagvaarding der als rechthebbenden ingeschreven personen, verkrijgen deze nog gelegenheid voor hun recht, indien dit nog bestaat, op te komen.

Daar het ontwerp ten aanzien der registers geen positief stelsel kent, past in het gekozen stelsel niet, dat inschrijving gedurende een zeker aantal jaren ook zonder bezit eigendom zou geven. Het komt thans zeer dikwijls voor – en zal ook in het stelsel van het ontwerp nog dikwijls voorkomen – dat gedurende vele jaren de rechthebbende de registers niet inziet. Wanneer nu een onbevoegde aan iemand het goed overdroeg, zou het zeer bedenkelijk zijn, indien deze door tijdsverloop de eigendom verkreeg, terwijl hij uiterlijk nimmer als bezitter en daarmee als rechthebbende opgetreden was.¹²⁶⁰

Aanvankelijk eiste Meijers dus inschrijving van de verkrijgende verjaring in het register als voorwaarde voor werking tegen rechthebbenden. Deze eis liet hij echter al vallen in zijn eerste gewijzigde ontwerp (B.W. 12c).¹²⁶¹ In dit ontwerp

¹²⁶⁰ B.W. 22, *Van verkrijging door verjaring*, p. 2. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 609.

¹²⁶¹ De nummering van de ontwerpstukken is niet inzichtelijk voor niet-ingewijden en wordt bemoeilijkt doordat men in het archief stukken die eigenlijk bij elkaar horen in verschillende inventarisnummers aantreft. Ik zal daarom in deze noot proberen de volgorde te verduidelijken. Voor verjaring is allereerst van belang B.W. 21, dat de concepttekst bevat voor Afdeling III – *Van verkrijging door verjaring*. Dit stuk wordt toegelicht in B.W. 22, dat Meijers' concept-Toelichting bevat op B.W. 21. Beide stukken zijn terug te vinden in: NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 609. Maar deze stukken zijn echte conceptstukken: ze vormen al niet eens meer het voorwerp van discussie in de verschillende vergaderingen van de Subcommissie over Titel II – *Verkrijging en Verlies van Goederen*. Deze titel is overigens onder dezelfde naam in het Ontwerp vernummers tot Titel IV. Een handige hulp voor het vaststellen wanneer o.a. de bespreking van deze titel heeft plaatsgevonden in de Subcommissie vindt men in het overzicht van mr. R. Franken van 15 Juli 1954, getiteld: *Voorlopig overzicht van stukken en notulen van de Staatscommissie betreffende het nieuwe B.W.*, NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 229. Op pagina 4 vermeldt Franken dat voor Titel vier

splitst Meijers de verjaringsregeling voor registergoederen over twee opeenvolgende voorschriften, afhankelijk van de goede of kwade trouw van de bezitter, en veralgemeniseert hij het voorschrift voor verjaring te kwader trouw door niet langer te spreken van ‘registergoederen’, maar van ‘goederen’. De regeling begint daardoor al enige gelijkenis te vertonen met de uiteindelijke regeling van het Ontwerp:

Art. 13. (B.W. 12c).

Rechten op roerende zaken en rechten aan toonder worden door een bezitter te goeder trouw verkregen door een afgebroken bezit van drie jaar, andere goederen door een onafgebroken bezit van tien jaren.

Goede trouw wordt alleen bij aanvang van het bezit vereist.¹²⁶²

Art. 14. (B.W. 12c).

Hij, die een goed bezit op het tijdstip, dat de vordering van de rechthebbende tot opvordering van dat goed verjaart, verkrijgt dit goed, ook al is zijn bezit niet te goeder trouw.¹²⁶³

(*Verkrijging en Verlies van Goederen*) de volgende B.W. stukken relevant zijn: 12, 21, 22. Deze B.W. stukken zijn in verschillende vergaderingen besproken in de Subcommissie, namelijk de 90e, 91e en de 93e tot en met 96e vergadering. De op schrift gestelde notulen van deze vergaderingen vindt men terug in: NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 181. Daaruit blijkt dat het gaat om vergaderingen in de periode 3 december 1949 tot en met 4 maart 1950. Per vergadering of bespreking wordt tussen haakjes aangegeven welke stukken behandeld worden en welk artikel het daarvan betreft. Uit een hogere nummering van een stuk mag men niet afleiden dat dat later tot stand is gekomen, zo is bijvoorbeeld het concept-ontwerp B.W. 21 en is het daaropvolgend *gewijzigd ontwerp* B.W.12c: NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 182. De overige B.W.-12 stukken zijn genummerd: B.W. 12a (= B.W. 24b), dat verbeteringen bevat voor art. 9 uit de titel *Bezit* en art. 9 uit de Titel *Verkrijging en Verlies van Goederen*: NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 609; B.W. 12b, het rapport van Prof. Mr. M.H. Bregstein over de titel *Verkrijging en Verlies van Goederen*: NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 182; B.W.12d, de Toelichting op Titel II - *Verkrijging en Verlies van Goederen*: NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 609; B.W. 12e: *Overzicht van enkele wetten ten aanzien van de vraag in hoeverre de verkrijger van roerend goed, die de zaak te goeder trouw en om niet ontving, beschermd wordt bij beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder* in: NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 609; B.W. 12f: *Artikel 4* (aangepaste versie), NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 521; B.W. 12g: *gewijzigd ontwerp*: NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 207. Zie ook hieronder, noot 1371.

¹²⁶² NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 182. De bewoordingen van dit voorschrift komen vrijwel overeen met die van art. 14 B.W. 12g, NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 207:

Rechten op roerende zaken en rechten aan toonder worden door een bezitter te goeder trouw verkregen door een onafgebroken bezit van drie jaar, andere goederen door een onafgebroken bezit van tien jaar.

Goede trouw wordt alleen bij de aanvang van het bezit vereist.

In zijn rapport aan de Subcommissie verwelkomde Bregstein de beslissing om de eis te schrappen dat verjaring in de registers ingeschreven diende te worden om werking te hebben.¹²⁶⁴ Die eis stond volgens hem aan de weg aan de consoliderende werking van de verjaring en aan de overzichtelijkheid van het stelsel.¹²⁶⁵

Art. 13 – 21.

In het oorspronkelijk ontwerp was het beroep op verjaring gebonden aan inschrijving in het register, te verlenen na oproep van de belanghebbenden. Terecht laat het gewijzigde ontwerp deze eis vallen.

Daardoor werd de consoliderende werking der verjaring toch illusoir gemaakt. Het stelsel is thans zeer overzichtelijk. a) Voor onroerend goed tienjarige verjaring in geval van goede trouw, b) voor roerend goed driejarige verjaring in geval van goede trouw, c) voor alle goederen: verkrijgende verjaring als revindicatie is verjaard.

De bezitter te kwader trouw verkrijgt dus ook door verjaring. M.i. is dit een noodzakelijke consequentie der bevrijdende verjaring. Aanvaardt men deze, dan moet men ook de andere aanvaarden.¹²⁶⁶

Overigens heeft het schrappen van de inschrijvingseis niet geleid tot vragen in de Subcommissie.¹²⁶⁷ Gezien de aandacht die hieraan besteed is aan Bregsteins

¹²⁶³ NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 182. De bewoordingen van dit voorschrift komen vrijwel overeen met die van art. 15 B.W. 12g, NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 207:

Hij, die een goed bezit op het tijdstip, dat de vordering van de rechthebbende van dat goed verjaart, verkrijgt dat goed, ook al is zijn bezit niet te goeder trouw.

¹²⁶⁴ Deze fundamentele wijziging lijkt onbekend bij De Grooth, die in 1955 in zijn praeadvies aan de Broederschap der Notarissen schreef: 'Het is de bedoeling geweest van de ontwerper, om in art. 8 de bezitter te kwader trouw, die op de wijze in dat artikel bepaald rechthebbende wordt van een registergoed, te verplichten tot de procedure van 3.1.2.9, waartoe het daar bedoelde vonnis ingeschreven zou moeten worden. Wil men de in art. 8 omschreven rechtsverkrijging voor de bezitter te kwader trouw handhaven, dan zal het raadzaam zijn alsnog een dergelijke bepaling in art. 8 in te voegen.' De Grooth 1955 (I), p. 45; zie ook p. 18 en Jansen 2011, p. 267.

¹²⁶⁵ Zie ook hierboven mijn noot 1227.

¹²⁶⁶ B.W. 12b, Rapport over Titel II – *Verkrijging en Verlies van Goederen*, p. 11. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 182. Op p. 11-12 merkt hij verder op: 'Nu de inschrijving der verjaring als constitutief vereiste is vervallen, is er m.i. behoefte aan regeling der in de literatuur bij art. 1995 B.W. besproken casuspositie: kan de verkrijger te goeder trouw van onroerend goed, wiens verkrijging niet is ingeschreven, een beroep op verjaring doen tegenover de tweede verkrijger van dezelfde auteur die wel is ingeschreven. In de regel zal goede trouw ontbreken. Zij kan echter voorkomen. Scholten wil 1995 B.W. restrictief uitleggen en het bijtellen van het bezit van de voorganger in dit geval niet geoorloofd achten (p. 228).

¹²⁶⁷ Art. 15 van het ontwerp B.W. 12g werd besproken in de Vijf en Negentigste Vergadering van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving. De vergadering wordt gehouden op Zaterdag

rapport, meen ik het gebrek aan discussie te mogen duiden als instemming van de overige leden.

Het gepubliceerde Ontwerp plaatst de voorschriften over verkrijgende verjaring niet langer achter elkaar: hierdoor oogt hun verband op het eerste gezicht wat losser.¹²⁶⁸ Maar welk gewicht men ook aan de plaatsing van de voorschriften toekent, de geschiedenis van het Ontwerp stelt buiten twijfel dat Meijers zich rekenschap heeft gegeven van het gevaar van registervervuiling dat ontstaat indien men de feitelijke levering loskoppelt van de juridische levering. Toch koos hij in zijn Ontwerp voor een dergelijke loskoppeling: hij nam een specifiek wetsvoorschrift op dat de koper van een onroerend goed na de feitelijke levering bezitter maakte. Het is duidelijk dat dit voorschrift zich niet verdraagt met de leer van Eggens dat een eigenaar het bezit niet los van de eigendom kan overdragen.¹²⁶⁹ Deze leer wordt nog steeds aangemerkt als de heersende.¹²⁷⁰ Ik zal

18 Februari 1950 te 10 uur in het Ministerie van Justitie te 's-Gravenhage. Aanwezig de Voorzitter Mr Meijers, de leden Mrs. van Brakel, Eggens, de Jong, mevr. Schönfeld, Visser van IJendoorn, de algemene Secretaris Mr. Belinfante en Mrs. van den Bergh en Drion, adjunct secretarissen. Het lid Mr. Bregstein gaf bericht van verhindering. Bespreking van de Titel Verkrijging en Verlies van Goederen. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 181 (p. 335). Voorafgaand aan de bespreking van art. 15 verlieten de heren van Brakel en Eggens de vergadering. De notulen vermelden over de bespreking van het voorschrift het volgende: 'Op een vraag van de heer de Jong antwoordt de Voorzitter, dat het inderdaad de bedoeling is, dat hij, die toevallig bezitter is bij het einde van de extinctieve verjaring, eigenaar wordt; behoudens het geval, dat de vorige bezitter hem via een bezitsactie het bezit nog ontnemt. Mevr. Schönfeld merkt op, dat hier eigenlijk niet van verkrijgende verjaring gesproken kan worden, daar men niet de eigendom verkrijgt op grond van bezit gedurende zekere tijd.'

1268

Art. 3.4.3.1 Ontwerp luidt: 1. Rechten op roerende zaken en rechten aan toonder worden door een bezitter te goeder trouw verkregen door een onafgebroken bezit van drie jaar, andere goederen door een onafgebroken bezit van tien jaar. Goede trouw wordt alleen bij de ontvang van het bezit vereist.

2. Ten aanzien van het bezit van registergoederen bestaat geen goede trouw zonder inschrijving van een aan dat bezit beantwoordende titel van rechtsverkrijging in de daartoe bestemde openbare registers.

Art. 3.4.3.8 Ontwerp luidt: 1. Hij die een goed bezit op het tijdstip, dat de vordering van de rechthebbende tot de opvordering van dat goed verjaart, verkrijgt dat goed, ook als was zijn bezit niet te goeder trouw.

2. Heeft iemand vóór de voltooiing van deze verjaring het bezit van een goed onvrijwillig verloren, maar na de voltooiing dat goed door een bezitsvordering terugverkregen, dan wordt deze persoon als de bezitter op het in het vorige lid aangegeven tijdstip aangemerkt. (Vgl. Meijers 1954 Toelichting, p. 229: 'Het tweede lid maakt hierop echter een uitzondering voor het geval, dat op het tijdstip dat de opeisingsvordering verjaart, nog een vordering tot opeising van het bezit lopende is of nog kan worden ingesteld, omdat de termijn daarvoor nog niet is verlopen. In dat geval zal van de afloop van deze lopende of nog in te stellen bezitsprocedure afhankelijk zijn, wie het door verjaring opgekomen recht zal ten deel vallen.'))

1269

Zie hierboven, p. XX.

1270

Zie bijv. Verstijlen in zijn noot op *NJ* 2012/312 (punt 3); Jansen 2012 (onder 2).

hieronder betogen dat men in de Parlementaire Geschiedenis steun kan vinden voor de opvatting dat de wetgever geen wijzigingen heeft willen aanbrengen in het voorschrift van het Ontwerp. Dat zou echter met zich meebrengen dat de wetgever de heersende leer heeft verworpen.

- **Parlementaire Geschiedenis van het BW**

De Parlementaire Geschiedenis biedt steun voor de zienswijze dat met de invoering van het BW de feitelijke levering niet samen hoeft te vallen met de juridische levering. Op grond van de Parlementaire Geschiedenis van de titel *Bezit* van Boek 3 wijst Verstijlen er op dat ‘op verschillende plaatsen in de parlementaire geschiedenis wordt uitgegaan van de opvatting dat het bezit van een onroerende zaak al voor de levering kan worden verschaft, met name indien bij het verlijden van de akte de sleutels worden overgegeven.’¹²⁷¹ Maar juist in de parlementaire geschiedenis van de titel *Koop en ruil* van Boek 7 vindt men steun voor de opvatting dat de bezitsverschaffing (de feitelijke levering), bij onroerende goederen, niet per se hoeft samen te vallen met de eigendoms-overdracht (de juridische levering). Naar aanleiding van het voorschrift dat ‘aflevering’ inhoudt het stellen van de zaak in het bezit van de koper (art. 7:9 BW), rees de vraag:

of onder “aflevering” mede begrepen is inbezitneming met uitdrukkelijke of stilzwijgende toestemming van de verkoper (en derhalve zonder eigen richting).¹²⁷²

De Minister beantwoordde deze vraag niet alleen bevestigend in zijn Memorie van Toelichting,¹²⁷³ hij verwierp bovendien de kritiek dat ‘de term “aflevering” bij een onroerende zaak verwarring zou wekken naast de begrippen “levering” en “oplevering”’:

Vooropgesteld zij dat aan een term ter aanduiding van bezits- onderscheidenlijk machtsverschaffing behoefte bestaat, nu daaraan in andere bepaling (waaronder het belangrijke artikel 7.1.2.2 [7:10 BW, *HHR*] inzake de overgang van het risico)

¹²⁷¹ Verstijlen in punt 5 van zijn annotatie bij *NJ* 2013/312. Hij geeft als vindplaatsen: ‘Zie MvA, Parl. Gesch. Boek 3, p. 410, p 444-445 en – genuanceerder – p. 450.’

¹²⁷² V.V.II (punt 2) in: Parlementaire Geschiedenis 1991 (Boek 7), p. 96-97.

¹²⁷³ Verstijlen besteedt hieraan geen aandacht in zijn annotatie bij *NJ* 2013/312 (punt 10): ‘Ik houd het er voorlopig op dat de rol van ‘inbezitneming met instemming van de eigenaar’ naast de bezitsoverdracht of bezitsverschaffing beperkt is en dat die instemming slechts de functie heeft duidelijk te maken dat er geen rechtsverhouding is op grond waarvan de ander voor hem gaat houden; kortom: het ‘uitschakelen’ van art. 3:110/111 BW. Die ander zal nog ‘gewoon’ aan de eisen van art. 3:107/108 BW moeten voldoen om als bezitter te kunnen worden aangemerkt.’

rechtsgevolgen worden verbonden. Ook in het huidige recht wordt tussen bezitsverschaffing en eigendomsovergang onderscheiden; men zie enerzijds artikel 1511 B.W., anderzijds H.R. 4 februari 1983, N.J. 1984, 628.¹²⁷⁴

Tegen het gebruik van de term “aflevering” ziet de eerste ondergetekende geen bezwaar, nu deze term in artikel 7.1.2.1 [art. 7:9 BW, *HHR*] leden 2 en 3 duidelijk wordt gedefinieerd.¹²⁷⁵ (...)

De aflevering van een onroerende zaak kan samenvallen met de levering bedoeld als in artikel 3.4.2.4 [art. 3:89 BW, *HHR*], doch dit behoeft niet het geval te zijn. Men denke aan het geval dat de verkoper ter gelegenheid van het opmaken en ondertekenen van de transportakte bij de notaris aan de koper ook reeds de feitelijke macht verschaft door overhandiging van de sleutels. *De koper wordt dan bezitter, ook al is de levering pas voltooid op het tijdstip van inschrijving* [cursivering, *HHR*]. Zie ook artikel 3.5.14 lid 4 en Parl. Gesch. Boek 3, blz. 450, alsmede hierna bij artikel 7.1.2.7 onder 1 (a).¹²⁷⁶

De codificering van het voorschrift als art. 7:9 BW bewijst volgens mij dat de wetgever de tekst van de Tweede Nota van Wijziging aanvaardde. Mijns inziens mag men hieruit afleiden dat onze wetgever geen problemen had met het antwoord van de Minister. Dat betekent een aanvaarding van het in het Ontwerp aangebrachte onderscheid tussen eigendomsoverdracht en bezitsverschaffing, zodat de koper van een onroerend goed aan wie het feitelijk bezit is verschaft, maar nog niet de eigendom is overgedragen, zich mag beschouwen als bezitter van die zaak.

Ik kan mij volledig met deze zienswijze verenigen. Jansen schrijft terecht dat het aanmerken van de koper als houder een ‘hoogst kunstmatig karakter heeft’.¹²⁷⁷ Moeten we de koper die voorafgaand aan de juridische levering het door hem aangeschafte huis verbouwt en daarmee – gelijktijdig – zowel feitelijke heerschappij (*corpus*) als bezitswil (*animus*) toont de status van bezitter ontzeggen? Zo ja, dan rijst de vraag waarop het houderschap van de koper dan is gebaseerd: dat vereist immers een rechtsbetrekking tussen hem en de verkoper.

Het is aan de voorstanders van de houderschapsrelatie om de aan deze relatie ten grondslag liggende rechtsbetrekking tussen verkoper en koper aannemelijk te maken. De enkele bewering dát een dergelijke rechtsbetrekking

¹²⁷⁴ In dit arrest (*Ansink-Canjels*) overwoog de Hoge Raad dat de verkoper niet alleen verplicht is om de verkochte zaak ‘in de macht en het bezit’ van de koper over te dragen (art. 1511 OBW), maar tevens om de eigendom aan de koper over te dragen. Brunner merkt in zijn noot op dat art. 1511 OBW, ontleend aan art. 1604 Cc, ziet op feitelijke bezitsverschaffing, zoals ook blijkt uit het woord ‘delivrance’ in de Franse tekst. *NJ* 1984, 628 m.n. CJHB. Zie ook *Ars Aequi* 1983, p. 661 e.v. (m. nt. Van Schilfgaarde) en hierboven noot 1214.

¹²⁷⁵ Zie hierboven mijn noot 1242.

¹²⁷⁶ MvA. II (punten 1 & 2) in: Parlementaire Geschiedenis 1991 (Boek 7), p. 97-98.

¹²⁷⁷ Jansen 2008, p. 25.

bestaat overtuigt niet. Jansen, een zelfverklaard tegenstander van het aannemen van een houderschapsrelatie, noemt de rechtsbetrekking uit bruikleen (7A:1781 BW).¹²⁷⁸ Maar daarvan is toch zeker geen sprake bij koop? Allereerst zal een verbouwende koper de geleende zaak niet voor de uitlener *behouden*. Bovendien verplicht zo'n overeenkomst hem om de zaak vervolgens weer *terug te geven* aan de uitlener. Waarom? De feitelijke levering uit koop vond immers reeds plaats, bij een scheiding tussen feitelijke en juridische levering dienen de partijen zich alleen nog maar bij de notaris te voegen voor de juridische levering.

Op grond van bovenstaande overwegingen sluit ik mij aan bij Meijers en bij de wetgever: de beste zienswijze lijkt mij om de koper van een onroerende zaak aan te merken als bezitter wanneer hij de feitelijke macht over de zaak heeft verkregen vóór de juridische levering.¹²⁷⁹ Het rechtsgevolg hiervan is dat hij, net als de opvolger onder algemene titel, gebruik mag maken van de voor de bezitter opgestelde regelingen, met name die van verkrijgende verjaring en die van bezitsbescherming.

1.3 Bezit is een recht

‘In de regeling van het ontwerp daarentegen staat, ten dele in aansluiting met het geldende recht, als gevolg van het bezit de verkrijging door verjaring en de bescherming van hem, die op weg is door verjaring het goed te verkrijgen, voorop.’¹²⁸⁰ *E.M. Meijers*

1.3.1 Elk bezit is verjaringsbezit

Verkrijgende verjaring vormt de kern van Meijers' bezitsregeling. Uiteindelijk verjaren *alle* bezitters: kwade trouw vormt hiervoor niet langer een obstakel. Louter bezit gedurende een bepaalde termijn leidt tot de verkrijging van het recht van eigendom, omdat Meijers de verkrijgende verjaring aan de bevrijdende koppelt.

¹²⁷⁸ Jansen 2012, p. 4, in een noot verwijzend naar Pleysier 1995; Pitlo-Reehuis-Heisterkamp, *Goederenrecht*, nr. 394 en E.B. Rank-Berenschot, *Bezit*, Monografieën NBW B7, Deventer 2001, nr. 14.

¹²⁷⁹ Overigens lijkt het me op grond van art. 3:17 lid 1 sub i BW zeer wel denkbaar dat de gevreesde registervervuiling niet optreedt: degene die het onroerend goed via verjaring verkrijgt (of diens rechtsopvolger onder algemene titel) zal er uit een goedererechtelijk/commercieel oogpunt belang bij hebben dat het register de juiste rechtstoestand weergeeft. De partij die zich op verjaring beriep in de zaak vermeld in mijn noot 1254 wenste dan ook een verklaring voor recht dat de akte van verjaring die zij inschreef rechtsgeldig was.

¹²⁸⁰ Meijers 1954 (Toelichting), p. 230.

Naast de gewone verjaring van de bezitter te goeder trouw, staat een overeenkomstige wijze van verkrijging, die ook aan bezitters te kwader trouw ten goede komt. Het is de verkrijging door verloop van termijn, voldoende om de vordering van de rechthebbende tot afgifte van het goed te doen te niet gaan.¹²⁸¹

Het besluit om verkrijgende verjaring ook open te stellen voor bezitters te kwader trouw springt vooral in het oog omdat het oude recht de eis van de goede trouw nog als ondergrens aanhield.¹²⁸² Hierin kwam het overeen met het Romeinse recht van Justinianus, dat voor de verkrijging op grond van de zogeheten langdurige verjaring, *longi temporis praescriptio*, eveneens nog goede trouw eiste.¹²⁸³

De grondslag voor de openstelling voor bezitters te kwader trouw zie ik dan ook niet gelegen in het Romeinse bezitrecht, maar in het *gewere*-recht. Dit stelde aan de verkrijging van de ‘rechte gewere’ geen andere eisen dan louter tijdsverloop en openlijke uitoefening van het bezit. Dit recht maakte geen onderscheid tussen eigendom en bezit en kent dientengevolge ook het onderscheid niet tussen bevrijdende en verkrijgende verjaring.¹²⁸⁴ Omdat de ‘rechte gewere’ de bezitter reeds de relatief beste rechtspositie verschaft, bestaat er ook geen enkele noodzaak om hem door verkrijgende verjaring de eigendom te laten toevallen, zoals in het Romeinse recht.¹²⁸⁵ *Saisine* is een relatief recht dat alleen vrijwillig overgedragen kan worden en waaruit iemand alleen langs gerechtelijke weg gezet kan worden.¹²⁸⁶ Wanneer een ander weliswaar een hoger relatief

¹²⁸¹ Meijers 1954 (Toelichting), p. 228.

¹²⁸² Vgl. art. 2000 OBW: Die te goeder trouw, en uit kracht van eenen wettige titel, een onroerend goed, eene rente of eenige andere, aan toonder niet betaalbare, inschuld verkrijgt, bekomt daarvan den eigendom, bij wege van verjaring, door een bezit van twintig jaren.

Die te goeder trouw het bezit heeft gedurende dertig jaren, verkrijgt den eigendom, zonder dat hij kan worden genoodzaakt zijnen titel te toonen.

¹²⁸³ Jansen 2011, p. 39 e.v.; Van Oven 1948, p. 87 e.v.; Lokin 2008, p. 169.

¹²⁸⁴ Zie hierboven, p. 109 en het bij mijn noot 393 opgemerkte.

¹²⁸⁵ Vgl. Holdsworth, *An historical Introduction*, p. 278, geciteerd naar Jansen 2011, p. 132 (zie ook nader diens noot 15): ‘The question now arises, why does English law only bar the action and extinguish the title of the former owner? Why does it stop short of conferring a positive title on the possessor? The answer is to be found in the English theory of possession and ownership. We have seen that the person seised or possessed is regarded by the law as owner, and that he has the rights of an owner as against all the world except as against a person who can shew a better title. It follows that all the law need do when it wishes to secure the rights of a person who is seised, against a person who has a better right to seisin, is to bar that better right. A system of usucapio which, by lapse of time, turns possession into dominium is unnecessary and, having regard to English theory of seisin and possession, unintelligible.’

¹²⁸⁶ Daarentegen maakt het feitelijke karakter van het Romeinsrechtelijke *possessio*-begrip het mogelijk dat iemand daar op grond van de verkeersopvattingen uit gezet wordt.

recht heeft, maar dat recht heeft ‘verzwegen’, dan volstaat het om dat recht te vernietigen om de positie van de *saisine*-houder ten opzichte van die persoon veilig te stellen.¹²⁸⁷ Daarmee is de mogelijkheid van een rechtsgang immers afgesloten, terwijl eventueel andere hoger gerechtigden niet benadeeld worden in hun relatieve rechtspositie tot de *saisine*-houder.¹²⁸⁸ Het toekennen van een absoluut eigendomsrecht is in dit systeem overbodig en kan zelfs aangemerkt worden als ‘overkill’.

Meijers heeft, naar Frans voorbeeld, in zijn Ontwerp de bevrijdende verjaring wél gekoppeld aan de verkrijging van het absolute eigendomsrecht.¹²⁸⁹ Meijers’ ontwerpvoorschrift heeft zijn weg gevonden naar het BW (art. 3:105).¹²⁹⁰ Dit roept de vraag op of ‘bezit’ verschilt van ‘verjaringsbezit’. Meer

¹²⁸⁷ Jansen 2011 stelt in zijn proefschrift nadrukkelijk de vraag naar de rechtvaardiging van het verlies van de eigenaar door bevrijdende verjaring aan de orde. Volgens hem vormt louter tijdsverloop onvoldoende rechtvaardiging: ‘Een verlies aan de zijde van de rechthebbende wordt pas gerechtvaardigd als deze heeft nagelaten tegen de bezitter op te treden.’ (p. 17) Hij pleit dus voor de hantering van een subjectief criterium voor de bevrijdende verjaring: pas nadat de rechthebbende verwijtbaar heeft stilgezet, dient deze zijn recht te verliezen. Het verdient opmerking dat men in het *gewere*-recht met dezelfde vraag worstelde. ‘Verzwijging’ vond zijn fundament in een objectief criterium: pas het gedurende de termijn van ‘jaar en dag’ nalaten beklag te doen over een inbreuk op een *gewere* in het *Ding*, waar aanwezigheid verplicht was (‘dingplicht’), leidde tot verlies van het recht. Maar soms hield men toch niet vast aan dit objectieve criterium van louter tijdsverloop, namelijk wanneer de betrokken persoon geen klacht had kunnen indienen, omdat zijn afwezigheid bij het *Ding* verschoonbaar was: zie mijn noot 383.

¹²⁸⁸ Ten aanzien van onroerende goederen geef ik het volgende voorbeeld dat voortbouwt op Ogris’ uiteenzetting van de drievoudige *gewere* (zie p. 118 e.v.). De rustende of aanspraakgevende *gewere* van het klooster zou komen te vervallen in het geval de erfpachtgever zou nalaten de symbolische ‘Erkenningspenningen’ af te dragen aan het klooster en het klooster hierop geen actie ondernam en zich ‘verzweeg’. De onderlinge verhouding tussen de erfpachter en de erfpachtgever blijft in dit voorbeeld echter intact. Ten aanzien van roerende goederen kan men denken aan het geval waarin A een zaak een jaar geleden verloren heeft en B die zaak een half jaar geleden heeft gevonden. Vervolgens steelt C de zaak van B na drie maanden. Zou in dit geval een ‘verzwijgings-termijn’ van een jaar en een dag gelden, dan zien we dat A niet langer in staat is C in rechte aan te spreken om zijn *saisine* hersteld te zien, maar dat B hiertoe wel in staat is.

¹²⁸⁹ Meijers 1954 (Toelichting), p. 228.

¹²⁹⁰ Art. 3:105 lid 1 BW gaat uit van het samenspel van art. 3:306 jo. 3:314 lid 2 BW. Art. 3:105 BW: Hij die een goed bezit op het tijdstip waarop de verjaring van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit wordt voltooid, verkrijgt dat goed, ook al was zijn bezit niet te goeder trouw. Art. 3:306 BW: Indien de wet niet anders bepaalt, verjaart een rechtsvordering door verloop van twintig jaren. Art. 3:314 lid 2 BW: De termijn van verjaring van een rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit van een niet-rechthebbende begint met de aanvang van de dag, volgende op die waarop een niet-rechthebbende bezitter is geworden of de onmiddellijke opheffing gevorderd kon worden van de toestand waarvan diens bezit de voortzetting vormt. Zie Jansen 2011.

algemeen: is bezit een feit of een recht? Recentelijk stelde Jansen stelde deze oude strijdvraag weer aan de orde:

Een tweede leerstellig nadeel van de in rechtspraak en literatuur gevolgde methode bestaat erin dat de methode niet past in de bezitsleer van het wetboek. De in de rechtspraak en literatuur gevolgde methode leidt ertoe dat bezit vereenzelvigd wordt met een recht. Deze methode miskent het feitelijk karakter van bezit waarvan uit de artikelen van het wetboek en de wetsgeschiedenis op vele punten blijkt.¹²⁹¹

Het komt mij voor dat de verwarring wordt veroorzaakt doordat het BW een innerlijk tegenstrijdig bezitsbegrip kent ten gevolge van Meijers' koppeling van het feitelijke bezitsbegrip aan het juridische verjaringsbezit.

Het 'gewone' bezit in het Ontwerp en BW dient als feit te worden opgevat.¹²⁹² Maar 'verjaringsbezit' heeft meer het karakter van een recht, ongeacht of men het beziet vanuit de verkrijging van de 'rechte gewere' in het *gewere*-recht of vanuit de verkrijgende verjaring in het Romeinse recht.¹²⁹³ In het *saisine*-recht geeft iedere *gewere* een recht op de zaak dat nog een tijd blijft bestaan, zelfs als de feitelijke macht erover onvrijwillig verloren gaat. Ook het Romeinsrechtelijke verjaringsbezit is meer juridisch dan feitelijk.¹²⁹⁴ Dat blijkt met name uit het middel dat dit bezit beschermde: de *actio Publiciana*.¹²⁹⁵ Van Oven beschrijft het door deze actie beschermde rechtsgoed als volgt:

(...) de *actio Publiciana*, waardoor werd beschermd een recht, dat verbonden was aan een deel van de vereisten voor eigendomsverkrijging, nl. bezit, titel en goede trouw, m.a.w. *aan minder sterk gequalificeerde bezitsverkrijging*.¹²⁹⁶ Dat recht was zwakker dan eigendom, maar werkte als eigendom tegen allen die geen eigenaar waren.¹²⁹⁷ Het stond dus in aard volkomen op één lijn met de eigendom, maar verschilde daarvan in wijze van ontstaan en kracht.¹²⁹⁸

¹²⁹¹ Jansen 2011, p. 20. Zie over de vraag of bezit als feit of recht bezien moet worden ook: Rank-Berenschot 2012, p. 10 e.v. (met lit. opg.)

¹²⁹² Zie hierboven het bij noot 1199 en 1200 opgemerkte.

¹²⁹³ Zie in dit verband ook p. 108 e.v.

¹²⁹⁴ De specifieke rechtsverhouding waarin de nog niet tot het einde van de verjaring bezeten zaak stond noemden Romeinen 'in bonis esse' (tot het vermogen behoren). Zie hierover nader Potjewijd 1998, p. 21 e.v., die wanneer de Publiciaanse actie *erga omnes* werkt [zie hieronder noot 1297], het begrip *in bonis* definieert als: het *materieel exclusieve recht* op de zaak, (p. 22). Hij benadrukt dat dit recht zich *in de regel* bij de civiele eigenaar bevond: men komt de uitdrukking *in bonis* dan ook tegen in beschrijvingen van de bevoegdheid van de volwaardige eigenaar, (p. 23).

¹²⁹⁵ Zie hierboven p. 49 en p. 81.

¹²⁹⁶ Van Oven 1905, p. 14 noot 1 geeft aan de uitdrukking 'gekwalificeerd bezit' aan Bähr te ontleen.

¹²⁹⁷ In bepaalde gevallen beschermde de *praetor* het Publiciaans bezit zelfs ten koste van het recht van eigendom: hij verschafte bijvoorbeeld de verjaringsbezitter die een zaak van

De Publiciaanse actie is een bron van inspiratie geweest voor Meijers: hij verwijst er uitdrukkelijk naar in zijn bespreking van de bescherming van bezit.¹²⁹⁹ Dat Meijers juist deze actie als voorbeeld neemt, valt goed te begrijpen wanneer we voor ogen houden dat hij *alle* bezit als verjaringsbezit wenst te kwalificeren. Het ligt dan voor de hand om aansluiting te zoeken bij een maatregel die specifiek ontwikkeld is om de verjaringsbezitter te beschermen.¹³⁰⁰ Meijers wil dan ook de (verjarings-)bezitter een rechtsmiddel verschaffen om hem in staat te stellen om inbreuken van derden af te weren en zo zijn verjaringstermijn ongestoord te voltooien. In zijn Toelichting laat hij hierover geen misverstand bestaan.

Het artikel [art. 3.5.17, het latere art. 3:125 BW, *HHR*] beschermt aldus de lopende verjaring; het verwerpt het stelsel volgens hetwelk de bezitter op de dag der voltooiing der verjaring een volledig recht verkrijgt, doch de dag daarvoor nog iedere bevoegdheid mist.¹³⁰¹

de eigenaar had gekocht en geleverd gekregen, maar op wie het eigendomsrecht niet was overgegaan vanwege een vormgebrek in de levering (een *res Mancipi* was geleverd door *traditio*), een rechtens onaantastbare positie met de repliek van de gekochte en geleverde zaak, *replicatio rei venditae et traditae*. Zie bijv. Van Oven 1948, p. 66 e.v.; Lokin 2012, p. 166 e.v. Zie ook: Zwolve 1978 die op p. 218 wijst op D. 17,1,57. Uitgesloten van bescherming waren verjaringsbezitters die hun bezit *eenzijdig* hadden verkregen, op grond van de titel ‘als prijsgegeven’, *pro derelicto*. Hoewel uit D. 41,7,4 blijkt dat men hen wel als verjaringsbezitters beschouwde, voldeden zij niet aan de voorwaarde dat hen bezit is *verschafft*, vgl. Gaius 4,36 (*causa traditam*) en D. 6,2,1. Het Romeinse recht stelde de overgave van de zaak als wezenlijke eis voor ‘zakelijke’ bescherming, net zoals Scholten dat vele eeuwen later zou doen in de door hem uitgedragen ‘nieuwe leer’, zie hieronder § 3.2.

¹²⁹⁸ Van Oven 1905, p. 14.

¹²⁹⁹ Zie hieronder p. 407.

¹³⁰⁰ Het komt mij dan ook voor dat Zwolve een onjuiste tegenstelling in het leven roept wanneer hij uitroept: ‘De romeinse publiciaanse bezitter was echter altijd een verjaringsbezitter, terwijl de regeling van 3.5.17 voor alle bezitters geldt!’ Zwolve 1978, p. 218. In dezelfde zin: Vuye 1995, p. 161. Juister komt mij voor de opvatting van Van Oven 1958 (*WPNR* # 4538), p. 231, die opmerkt wanneer hij de vordering van het Ontwerp met de Publiciana vergelijkt: ‘Zo is het ook in het ontwerp, al is er verschil, omdat de Romeinse actie slechts toekwam aan de bezitter te goeder trouw en op grond van een titel (*ex iusta causa*), Meijers’ actie daarentegen elke bezitter beschermt; *maar niettemin is ook zijn actie er een tot bescherming van de verjarende bezitter, want zelfs de bezitter te kwader trouw verkrijgt op den duur de eigendom dank zij art. 3.4.3.8 lid 1. [cursivering, HHR]*’ Zie ook hieronder, p. 408.

¹³⁰¹ Meijers 1954 (Toelichting), p. 240. Deze zin is ongewijzigd overgenomen van de concept-Toelichting (B.W. 24), p. 10. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 617.

Welke bevoegdheden wilde Meijers nu aan de (verjarings-)bezitter toekennen? In het Ontwerp zoekt men tevergeefs naar een opsomming. Meijers gaf die wel toen hij het conceptartikel in de Subcommissie besprak.

Op vragen van diverse leden antwoordt de VOORZITTER, dat de bezitter op grond van dit artikel in beginsel alle acties van de rechthebbende kan gebruiken: hij kan bijv. afpaling, scheiding en deling en schadevergoeding vorderen, hij kan reïndicator beslag leggen.¹³⁰²

Het is duidelijk dat Meijers het voorschrift wilde gebruiken om de bezitter te plaatsen in de rechtspositie van *relatief* rechthebbende. Dit blijkt ook uit het vervolg van de discussie in de Subcommissie.

De heren BREGSTEIN en DE JONG zien een moeilijkheid bij schadevergoeding: wat als de rechthebbende later weer schadevergoeding vordert? De VOORZITTER antwoordt, dat dezelfde kwestie in het huidige recht ook kan rijzen bij art. 615 B.W. en bij het merkenrecht, waarbij de Hoge Raad (HR 1 Febr. 1932.1425) immers *dezelfde relatieve rechtspositie* [cursivering, *HHR*] heeft erkend, welke dit artikel algemeen mogelijk maakt.¹³⁰³

Zo verschaft de regeling van de bezitsbescherming de sleutel tot het begrip ‘verjaringsbezit’.¹³⁰⁴ Het citaat maakt duidelijk dat Meijers aan dat verjaringsbezit een – weliswaar tweederangs – *recht* verbindt.¹³⁰⁵ Het *volledige* recht verkrijgt men pas op de dag van de voltooiing van de verjaring, maar reeds daarvoor wenst Meijers de bezitter te voorzien van de uit dat recht voortvloeiende bevoegdheden. Het voorschrift kent de bezitter een relatief zakelijk of goederenrechtelijk rechtsmiddel toe. Het is relatief omdat het wijken moet voor het recht van de absoluut rechthebbende en voor daarvan afgeleide beperkte rechten. Meijers vatte deze hoofdregel in zijn Toelichting als volgt samen.

De vordering kan echter volgens het tweede lid niet worden ingesteld tegen de werkelijk rechthebbende.¹³⁰⁶

¹³⁰² Notulen van de negen en tachtigste vergadering van de Subcommissie; zie noot 1229.

¹³⁰³ Notulen van de negen en tachtigste vergadering van de Subcommissie, zie noot 1229.

¹³⁰⁴ Vgl. mijn eerdere stellingname in noot 927 (*in fine*).

¹³⁰⁵ Zie de duidelijke formulering van de hoofdregel van het tweede lid van art. 3.5.17 Ontwerp: ‘De vordering [van de bezitter, *HHR*] wordt afgewezen, indien de gedaagde *een beter recht* [cursivering, *HHR*] dan de eiser tot het houden van het goed of het verrichten van de storende handeling heeft (...)’

¹³⁰⁶ Meijers 1954 (Toelichting), p. 239. Deze zin is ongewijzigd overgenomen van de concept-Toelichting (B.W. 24), p. 10. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 617.

Het bezit fundeert de vordering: door het enkele feit dát hij bezit is de bezitter méér tot het goed gerechtigd dan buitenstaanders, *quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet*.¹³⁰⁷

Slechts tegen buitenstaanders, die nog minder recht hebben dan de eisende bezitter, kan de vordering van dit artikel worden ingesteld.¹³⁰⁸

Het artikel biedt deze bescherming zelfs aan een bezitter te kwader trouw.

Daar ook voor een bezitter te kwader trouw een verjaring lopende is, verleent het artikel ook aan deze bezitter bescherming, (...) ¹³⁰⁹

Meijers' uitwerking is onmiskenbaar gebaseerd op wat Drucker 'relatief eigendom' noemde en wat na Van Ovens proefschrift bekendstaat als de *zakelijke functie* van bezitsbescherming.¹³¹⁰ Een vergelijking met Van Ovens omschrijving van deze functie sluit elke twijfel hierover uit:

Men ziet dus duidelijk en helder weergegeven de redenering van de zakelijke functie. De bezitter is door de daad van de simpele bezitsverkrijging geworden gerechtigde op de zaak; weliswaar niet hoogstgerechtigde, niet tegenover de eigenaar n.l., maar "adversus ceteros" [d.w.z. ten opzichte van de anderen, *HHR*]. De reden daarvan is eenvoudig, dat het billijk is, omdat iemand een zaak onder zijn heerschappij gebracht heeft, al was dat nog zo onrechtmatig, daar toch enige moeite voor heeft gedaan, en daardoor meer recht heeft gekregen dan hij die niets deed.¹³¹¹

Ik kom daarom tot de slotsom dat Meijers' bezitsbegrip innerlijk tegenstrijdig is: alle bezit is tevens verjaringsbezit, maar bezit dient feitelijk opgevat te worden, terwijl verjaringsbezit als recht beschouwd moet worden.¹³¹² Meijers is er niet in geslaagd een uniform bezitsbegrip uit te werken, met name omdat hij de eisen van het verjaringsbezit zo drastisch verlaagde dat hiervoor het simpele bezit al volstaat.¹³¹³

¹³⁰⁷ Vgl. D. 43,17,2. Dit fragment heeft overigens betrekking op interdictenbezit (*interdictum uti possidetis*) en ziet niet specifiek op het verjaringsbezit.

¹³⁰⁸ Meijers 1954 (Toelichting), p. 240.

¹³⁰⁹ Meijers 1954 (Toelichting), p. 240.

¹³¹⁰ Zie hierboven noot 325.

¹³¹¹ Van Oven 1905, p. 25-26.

¹³¹² Vergelijk voor het feitelijke bezitsbegrip Meijers' uitspraak hierboven bij noot 1199.

¹³¹³ Voor het Romeinse verjaringsrecht kan men nog de stelling verdedigen dat het vereiste van bezit daarin feitelijk moet worden opgevat, maar dat het *recht* voortvloeit uit de gekwalificeerdheid van het verjaringsbezit, waarvoor steeds nog een bijkomende eis gesteld wordt (in ieder geval goede trouw). Dit is vanzelfsprekend onmogelijk wanneer men louter bezit eist voor verjaringsbezit.

§ 2 Bescherming van een innerlijk tegenstrijdig bezitsbegrip

‘Het zondenregister is ernstig genoeg, om over de vereniging der functies [de politionele en zakelijke functie, *HHR*] het veroordelend vonnis uit te spreken.’¹³¹⁴ *J.C. van Oven*

2.1 Tegenstrijdige uitgangspunten: feit én recht

Hierboven betoogde ik dat Meijers’ bezitsbegrip innerlijk tegenstrijdig is omdat het ‘gewone’ bezit als feit moet worden opgevat, terwijl datzelfde bezit – vanuit het perspectief van de verjaring bezien – als recht dient te gelden. Deze paragraaf bevat een verslag van mijn onderzoek naar deze tegenstrijdigheid.

2.2 Het fundament van Meijers’ bezitsbegrip: houderschap

Het begrip ‘bezit’ vormde niet het uitgangspunt van Meijers’ ontwerpwerkzaamheden, dat was het begrip ‘houderschap’. Houderschap is een ruimer begrip: het omvat zowel bezit als detentie.¹³¹⁵

2.3 ‘Voor houderschap volstaat de politionele functie’

Aanvankelijk wenste Meijers geen onderscheid te maken ten aanzien van de rechtsgevolgen van afzonderlijke vormen van ‘houderschap’, zoals ‘bezit’ en ‘detentie’. Drions aantekeningen over zijn onderhoud met Meijers op 27 april 1948 stellen dit buiten twijfel. Drion vroeg daarin aan Meijers waarom hij niet het onderscheid uit het Pruisische wetboek overnam tussen de drie verschillende vormen van houderschap: perfect bezit,¹³¹⁶ imperfect bezit¹³¹⁷ en ‘Fremdbesitz’.¹³¹⁸ Meijers antwoordde:

¹³¹⁴ Van Oven 1905, p. 217.

¹³¹⁵ Vgl. hierboven mijn noot 1185.

¹³¹⁶ Het Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten (hierna: ALR) gebruikt deze term voor bezit dat tot eigendom kan leiden.

¹³¹⁷ Het ALR gebruikt deze term voor bezit van hem, die in eigenbelang de macht uitoefent, maar een hoger recht van een ander erkent.

¹³¹⁸ Het ALR gebruikt deze term voor de ‘détention intéressée’, de ‘Besitzdiener’ oftewel de detentie: de heerschappij van hem die de macht ten behoeve van iemand anders uitoefent.

Omdat aan die onderscheiding geen rechtsgevolgen verbonden zijn: alle drie genieten dezelfde bezitsbescherming via het kort geding en 1401; het enige wat men moet onderscheiden is macht die wel (bezit) en die niet tot verjaring kan leiden (detentie). Ik acht het twijfelachtig of in RV [Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, *HHR*] wel de bezitsacties moeten worden opgenomen (in ieder geval niet in het BW); de laatste 25 jaar is er nooit meer een bezitsactie ingesteld en het speciale belang ex 616 en 622 is overbodig naast een bepaling die zegt, dat stuiting van de verjaring pas bij bezitsverlies van meer dan een jaar optreedt.¹³¹⁹

Meijers antwoordt dat zijn Ontwerp ten aanzien van de bescherming geen onderscheid tussen de drie begrippen maakt: voor iedere vorm van houderschap volstaat naar zijn mening de politionele bescherming, dat wil zeggen bescherming via het kort geding en de onrechtmatige daad (art. 1401 OBW). Hij geeft zelfs aan geen noodzaak te zien voor een aparte regeling van bezitsbescherming in het BW.¹³²⁰

2.4 Toevoeging: zakelijke functie voor de (verjarings-)bezitter

Meijers verliet de oorspronkelijke opzet al binnen twee maanden door in zijn titel *Bezit* tóch een voorschrift met zakelijke bescherming – voor de bezitter – op te nemen. Dit tonen de aantekeningen van Drion over een onderhoud met Meijers op 24 juni 1948: hierin bespraken ze het nieuwe ontwerpvoorschrift 16.¹³²¹ Dit bevat zowel elementen uit het Romeinse recht als uit het *gewere*-recht.¹³²² Het vroegste conceptvoorschrift voor de titel *Bezit* luidde als volgt:

Art. 16. (B.W. 23).

Hij, die het bezit van een goed verkregen heeft kan op grond van een daarna plaats gevonden bezitsverlies of bezitsstoornis tegen derden dezelfde rechtsvorderingen

¹³¹⁹ J. Drion, Onderhoud met EMM over de afdeling BEZIT op 26 April '48 en later. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1725.

¹³²⁰ Inderdaad bevatte het door hem met Drion besproken afdeling 'Bezit' aanvankelijk nog geen afzonderlijk artikel over bezitsbescherming, dat artikel (16) is pas later toegevoegd. Zie ook zijn antwoord op de vraag van Drion: "Waarom heeft u niets over medebezit opgenomen?" Dat luidde: "Overbodig naast de bepalingen over deelgenootschap en bezit, vooral als de bezitsacties worden afgeschaft [cursivering, *HHR*]." J. Drion, Onderhoud met EMM over de afdeling BEZIT op 26 April '48 en later. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1725.

¹³²¹ Zie mijn noot 1320.

¹³²² Bij de redactie liet Meijers zich niet alleen inspireren door de Publiciaanse actie en het gebrekkig bezit uit het Romeinse recht, maar ook door de eis van het annale bezit van de *maintenue* uit het Italiaanse wetboek (art. 1170 Codice civile *Azione di manutenzione*). Zie hierover nader p. 407 e.v.

instellen, die de rechthebbende op het goed toekomen. Nochtans moeten deze rechtsvorderingen binnen het jaar na het verlies of de stoornis ingesteld worden. Een vordering wordt afgewezen, indien de gedaagde tot het houden van het goed of tot de storende handeling gerechtigd was.

Hij, die het bezit van een goed door geweld verkregen heeft, kan een vordering als in dit artikel bedoeld eerst instellen, nadat hij ten minste één jaar na het ophouden van het geweld ongestoord het bezit van het goed gehad heeft.

Het in dit artikel bepaalde laat het recht van een houder of bezitter onverlet om, indien daartoe gronden zijn, een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen of een voorziening in kort geding te vragen.¹³²³

De tekst stelt buiten twijfel dat Meijers aan een bezitter een relatief zakelijk (of: goederenrechtelijk) recht wilde toekennen. Domweg omdat iemand bezitter is, acht het Ontwerp hem méér tot het goed gerechtigd dan iemand die niet bezit, tenzij de ander een recht op het goed kan doen gelden. Dit blijkt eveneens uit het hierboven aangehaalde citaat uit de Toelichting dat het artikel het stelsel verwerpt volgens hetwelk de bezitter op de dag van de voltooiing van de verjaring een volledig recht verkrijgt, maar de dag daarvoor nog iedere bevoegdheid mist.¹³²⁴

Meijers' invoering van zakelijke bescherming voor bezit leidde tot een verwarrende dubbeltelling: enerzijds beschouwde Meijers bezit – als vorm van houderschap – als een feitelijk gegeven, anderzijds verleent hij de bezitter door de toekenning van zakelijke bescherming dus een relatieve bevoegdheid, een recht. De verwarring over het karakter van het bezit in het Ontwerp is daardoor aan de ontwerper toe te schrijven: Meijers verenigde bij bezit de politionele en zakelijke functie.

2.5 Het BW kent politionele en zakelijke functie voor bezit

Artikel 16 heeft na inhoudelijke wijzigingen en omnummering als art. 3.5.17 zijn weg gevonden naar het in april 1954 uitgegeven *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek*, eerste gedeelte (boek 1-4), beter bekend als de zogeheten “groene Boeken” of Ontwerp-Meijers. Meijers heeft de publicatie van dit eerste deel nog mogen meemaken: hij overleed op 25 juni 1954. Maar plaatsing van het voorschrift in het Ontwerp garandeerde nog geen plek in het Regerings-Ontwerp (RO). Al vrij kort na het overlijden van Meijers bestond er bij zijn opvolgers, het driemanschap (Jan) Drion, Eggens en De Jong twijfel over de zin van het voorschrift. Dit blijkt uit de notulen van de wetenschappelijke discussies

¹³²³ Art. 16 van B.W. 23 (p. 3). NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 617.

¹³²⁴ Zie hierboven mijn noot 1301.

in de 9^e bespreking op 13 sept. 1954. Ten aanzien van art. 3.5.17 Ontwerp komt men tot de slotsom:

De redactie van het ontw. M. wordt gehandhaafd. De vraag doet zich voor, of de bezitsacties zin hebben naast het Kort Geding, maar men doet beter het bezitstelsel van Meijers in zijn geheel te laten.¹³²⁵

Zo is, met betrekking tot dit voorschrift, het Regeringsontwerp uiteindelijk gelijk gebleven aan het Ontwerp-Meijers.¹³²⁶ Het verdient opmerking dat de vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede kamer de toevoeging van de zakelijke functie, náást de mogelijkheid van het instellen van een vordering uit onrechtmatige daad, wel kon waarderen. In haar voorlopig verslag vindt men de volgende passage: ‘Het kan nuttig zijn, dat behalve de actie uit onrechtmatige daad, waarbij de rechter niet verplicht is de restitutio in integrum te bevelen – al is hij geneigd zijn bevoegdheid daartoe in ruime mate aan te wenden – , ook een bezitsactie aan de bezitter ten dienste staat.’¹³²⁷

Uiteindelijk zijn in het ontwerpvoorschrift slechts wijzigingen van ondergeschikte betekenis aangebracht in het derde lid: de zakelijke bescherming van het eerste en tweede lid is nagenoeg ongewijzigd overgenomen in art. 3:125 BW. De wetgever koos ervoor om Meijers’ uitwerking van de zakelijke functie van bezitsbescherming overeind te houden náást de politionele functie. Hiermee codificeerde hij Meijers’ dubbelzinnige bezitsbegrip.¹³²⁸

¹³²⁵ Notulen van de 9^e bespreking (sub III) op 13 sept. 1954 van 10-17 uur in het gebouw van de Hoge Raad. Aanwezig waren de heren Drion, Eggens, De Jong, Franken, Polak en mevr. Fischer. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 610.

¹³²⁶ PG Boek 3, p. 457.

¹³²⁷ Kamerstuk Tweede Kamer, zitting 1958-1959, kamerstuknummer 3770, ondernummer 4, Vaststelling van Boek 3 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Voorlopig Verslag, p. 19 (Dit stuk is op internet te raadplegen via: <http://www.statengeneraaldigitaal.nl>); PG Boek 3, p. 457. In zijn Memorie van Antwoord wijst de Minister de Tweede Kamer op nog andere z.i. zinvolle verschillen: ‘Voorts kan een op lid 1 van het onderhavige artikel gegronde vordering tot terugverkrijging van het goed ook bij faillissement van de derde worden toegewezen, terwijl een vordering tot schadevergoeding, in welke vorm dan ook, slechts concurrent is. Men houde hierbij bovendien in het oog dat een bezitsactie soms wel kan slagen, waar een actie uit onrechtmatige daad moet falen omdat een der voorwaarden voor toewijzing daarvan niet is vervuld.’ Kamerstuk Tweede Kamer, zitting 1970-1971, kamerstuknummer 3770, ondernummer 5, Vaststelling van Boek 3 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Memorie van Antwoord (ingezonden 18 maart 1971), p. 152; PG Boek 3, p. 458. Zie hierover ook Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2001, nr. 403, p. 316 e.v.

¹³²⁸ Vgl. Rank-Berenschot 2012, p. 13: ‘Het huidige wetboek kent slechts één term: bezit. Daarmee worden niettemin twee verschillende begrippen aangeduid: bezit als feitelijke toestand en bezit als recht.’ Vergelijk het citaat van Eggens in mijn noot 1200.

§ 3 De toevoeging van de zakelijke functie

‘Het onredelijke resultaat van de causale leer moet dus goed gemaakt worden met een zakelijk bezitsrecht op roerend goed, dat tegen iedere houder (hoelang?) kan worden ingeroepen.’¹³²⁹

E.M. Meijers

3.1 Meijers’ drijfveer voor de wijziging

Deze subparagraaf bespreekt Meijers’ keuze om in zijn Ontwerp zakelijke bezitsbescherming toe te voegen en af te zien van zijn aanvankelijke opzet van het bieden van bezitsbescherming door de actie uit onrechtmatige daad en het kort geding.

Meijers’ motief voor de toevoeging is algemeen bekend: hij vermeldde het zelf in zijn opstel *Het arrest van de Hoge Raad van 5 mei 1950 betreffende de eigendom van roerend goed*.¹³³⁰ Het in het Ontwerp vastgelegde causale stelsel leidt volgens Meijers bij roerende goederen tot onbillijke resultaten die slechts gecorrigeerd konden worden door toekenning van een wettelijk vastgelegd zakelijk bezitsrecht.¹³³¹

De invoering van zakelijke bezitsbescherming is niet onverdeeld positief ontvangen: er zijn vragen opgeworpen over de noodzaak van haar invoering en ook over haar vormgeving.¹³³² Deze vragen raken de kern van bezitsbescherming en daarom meen ik niet te kunnen volstaan met het vermelden van het motief van Meijers’ aanpassing, maar dat het noodzakelijk is om die ook in haar historische context te plaatsen.

Daarin staat het voorschrift van art. 2014 OBW centraal. Hierboven heb reeds betoogd dat dit voorschrift de regeling bevatte van bezitsbescherming voor

¹³²⁹ Meijers 1951 (*WPNR* # 4187), p. 178; *VPO* (II), p. 172.

¹³³⁰ Meijers 1951 (*WPNR* # 4187), p. 177; *VPO* (II), p. 169: ‘Zo heb ik voor onze wet het causale stelsel steeds bestreden hetgeen mij echter niet beletten zal in mijn ontwerp het causale stelsel op te nemen. Echter men zal daar ook vinden andere regels die in ons tegenwoordig wetboek ontbreken en zonder welke het causale stelsel dikwijls onbillijk werkt. Deze aanvullende regels zijn: (...) 3. De mogelijkheid van op bezit gegronde vorderingen ook voor roerende goederen. (...)’ Zie ook Jansen 2011, p. 252, die onder verwijzing naar dit arrest concludeert: ‘De onwenselijke uitkomsten waartoe de leer Scholten onder het OBW leidt, die Meijers ertoe brachten Scholtens leer voor het toen geldende recht af te wijzen, voorkomt Meijers in zijn ontwerp door verkrijgende verjaring en bezitsacties voor roerende zaken op te nemen.’ Zie ook: Lommen 1994, p. 143 e.v.

¹³³¹ Overigens komt dat recht ook toe aan bezitters van onroerende goederen: het Ontwerp onderscheidt niet ten aanzien van het type goederen, zie mijn noot 1229.

¹³³² Zo reeds het driemanschap, hierboven geciteerd in mijn noot 1325. Zie ook de kritiek van Drion en Schut, hieronder, p. 384 e.v.

roerende zaken van het *gewere*-recht.¹³³³ Het bezitsbeschermende karakter verdween echter al enigszins toen de receptie tenslotte ook plaatsvond ten aanzien van dit voorschrift en rechtsgeleerden het voorschrift begonnen uit te leggen met betrekking tot het eigendomsrecht. De uitbreiding van het voorschrift met aanvullende eisen voor eigendomsverkrijging beëindigde zijn oorspronkelijke doel: het beschermen van bezit. We zien dus een begripsmatig stuivertje-wisselen van bezit naar eigendom dat gepaard gaat met lacunes die ontstonden door de nieuwe uitleg van regel. Hierdoor kon vervolgens de notie postvatten dat er behoefte bestond aan een afzonderlijke zakelijke bezitsbescherming, in te voeren bij wet. Zo kwam Van Oven tot de slotsom: ‘Ik herhaal: al wat we bedenken om art. 2014 goed te laten werken, blijft lapwerk. De zaak “loopt niet rond” zolang de wet niet gewijzigd wordt, ondanks al onze scherpzinnigheid.’¹³³⁴

3.2 De uitleg van artikel 2014 OBW: Meijers en Scholten

Hoe beschermdde het oude recht de bezitter van roerende zaken? Dit lijkt op het eerste gezicht een simpele vraag, maar het antwoord is niet eenduidig: het hangt af van de uitleg die men geeft aan art. 2014 OBW.¹³³⁵

Het OBW stond bezitters van roerende zaken geen beroep toe op de rechtsvordering tot handhaving in het bezit.¹³³⁶ Hierdoor nam de betekenis toe van de zakelijke bescherming die art. 2014 OBW bood. Dit artikel kent in het eerste lid de tekst ‘met betrekking tot roerende goederen (...) geldt het bezit als volkomen titel.’ Die formulering liet ruimte voor uiteenlopende interpretaties.¹³³⁷

¹³³³ Zie hierboven, p. 226 e.v.

¹³³⁴ Van Oven, B.W. 2014 en de Eigendom van Roerende Zaken in: *NJB* 1951, p. 287. Hiermee komt Van Oven terug op zijn in 1908 ingenomen standpunt (zie het citaat bij mijn noot 1360), dat hij nog herhaalde in zijn opstel Eigendom van roerende zaken in: *NJB* 1951, p. 232 e.v.

¹³³⁵ Zie voor een gedetailleerd overzicht van de geschiedenis van dit artikel: Salomons 1997.

¹³³⁶ Zie art. 611 OBW dat ik heb weergegeven in mijn noot 1086. Zie over deze *maintenue* nader hierboven, p. 281 e.v. Hallebeek 2009, p. 108 concludeert op grond van art. 611 OBW dat er voor de bescherming van het bezit van roerende zaken geen rechtsmiddel meer bestond.

¹³³⁷ Zie bijvoorbeeld de typering van Van Oven in mijn noot 840. Schut 1972 (*WPNR* # 5176), p. 253 vat de meningen over dit artikel als volgt samen: ‘De materie van artikel 2014 heeft zich altijd in een bijzondere belangstelling mogen verheugen. De stof is wel ‘een wetsteen voor het juridische vernuft’ genoemd, ‘het exercitieterrein par excellence voor het hoge onderwijs’ en – nog fraaier – ‘een bijtbot voor studenten, een slaghout voor hoogleraren en een klimpaal voor promovendi’. Prijktijkjuristen kijken er tegenaan als tegen een religieus dogma, ‘misschien niet voor allen even begrijpelijk, doch juist daarom zo verheven.’ Zie ook Salomons 1997, p. xviii, die in het onvermogen van

Aanvankelijk, in de 19^e en begin 20^e eeuw, was de uitleg van Diephuis gezaghebbend. Diephuis leerde dat het bezit van roerende zaken identiek was aan de eigendom ervan, zolang er tenminste geen sprake was van de uitzondering die het tweede lid schiep voor verloren en gestolen zaken.¹³³⁸ Meijers knoopt aan bij de uitleg van Diephuis: ook hij acht het bezit van roerende zaken in principe gelijk aan eigendom van roerende zaken.¹³³⁹ Wel stelt hij de aanvullende eis dat de bezitter die zich op de regel van art. 2014 wil beroepen te goeder trouw moet zijn.

De Hoge Raad heeft tot nu toe geleerd, dat art. 2014, 1^e lid B.W. deze betekenis heeft, dat het bezit van roerende zaken recht van eigendom geeft. (...) Het is te hopen, dat de Hoge Raad bij zijn gevestigde leer mag blijven. Want stelt men voor het bezit van art. 2014 B.W., gelijk het arrest van 1855 doet, het vereiste dat het te goeder trouw zij, dan heeft men ook een eenvoudige en alleszins bevredigende regeling van de eigendomsverkrijging van roerend goed.¹³⁴⁰

In het begin van de twintigste eeuw wint echter een nieuwe interpretatie aan populariteit. Hieraan is vooral de naam van Scholten verbonden, omdat hij haar uitdroeg in zijn bewerking van het Asser-deel over Zakenrecht.¹³⁴¹ Volgens de

de juridische wereld om het voorschrift op een bevredigende wijze te duiden de aanleiding ziet tot het loslaten van de legistische interpretatiewijzen: 'Daarbij moet worden benadrukt dat art. 2014 niet 'zomaar een bepaling' is. Het wetsartikel gaf aanleiding tot zeer uiteenlopende interpretaties, zowel in de literatuur als in de rechtspraak. Deze diversiteit droeg ertoe bij dat tussen 1870 en 1880 het inzicht terrein won dat met gebruikmaking van alleen de legistische interpretatiewijzen geen oplossing zou worden gevonden. Het loslaten van de legistische axioma's rond 1870-1880 is dan ook juist voor een groot deel te danken aan bepalingen als art. 2014.'

¹³³⁸ Zie het citaat bij mijn noot 921.

¹³³⁹ Meijers 1927 (*WPNR* # 3026), p. 896; *VPO* (II), p. 139: 'Kent de regel aan iederen bezitter het eigendomsrecht toe, of is het slechts een bescherming van derden te goeder trouw, die van een niet-eigenaar verkrijgen? Het is voor mij niet twijfelachtig, dat bij Bourjon de regel niets anders wil zeggen dan dat bij roerend goed bezit hetzelfde recht aan den bezitter geeft als bij onroerend goed de levering van de eigendom, zodat tegen een bezitter geen revindicatie is toegelaten.' Zie ook n.a.v. dit artikel: Hofmann 1928 (*WPNR* # 3059-3060) en, n.a.v. het onderschrift van Scholten, Nog eens: art. 2014 B.W. in: *WPNR* 3074-3075 (opnieuw gevolgd door een onderschrift van Scholten).

¹³⁴⁰ Zie zijn onderschrift bij het arrest in *WPNR* 2739 (1922), p. 286. Overigens besliste de Hoge Raad in zijn arrest (Ketjen-Köhler) van 28 juni 1929, *NJ* 1929, p. 1619 m.n. P.S. dat onder het eerste lid van art. 2014 B.W. 'onder "het bezit" niet ook dat te kwader trouw mag worden begrepen.'

¹³⁴¹ Van Oven 1908 (*WPNR* # 2016), p. 419 wijst de Amsterdamse advocaat Faber aan als degene die als eerste deze leer uitdroeg. Faber deed dit in *Themis* 1871, p. 6.

door Scholten geprogageerde ‘nieuwe leer’ kent art. 2014 OBW zowel een *processueel* als een *materieel* bestanddeel.¹³⁴²

Het verschil tussen Scholtens ‘nieuwe leer’ enerzijds en die van Diephuis anderzijds ligt in het materiële bestanddeel: voor Scholten is de positie van de bezitter van roerende zaken niet principieel onaantastbaar. Zijn leer verbindt namelijk nadere voorwaarden aan zakelijke bescherming: alleen bezit dat aan deze voorwaarden voldoet verdient bescherming. Scholten heeft deze voorwaarden in de loop van de tijd uitgewerkt en uitgebreid.¹³⁴³ In eerste instantie ging het hem om bezit dat was verkregen door *overdracht* en met een *geldige titel*.¹³⁴⁴ Aanvankelijk eiste Scholten nog geen *goede trouw*,¹³⁴⁵ maar hij nam ook deze eis op nadat Van Oven hem daartoe aanspoorde in een artikel uit 1908.¹³⁴⁶ Hierin wisselde Van Oven van kamp¹³⁴⁷ en sloot zich bij Scholten aan.¹³⁴⁸ De hierboven vermelde wijzigingen waren overigens niet de enige: Scholten bleef zijn leer verfijnen, met de eis van de *bezwarende titel* en de eis van ‘*reëel*’ (*feitelijk*) *bezit*.¹³⁴⁹ De moderne jurist zal dan ook weinig moeite hebben met het leggen van het verband met het huidige art. 3:86 BW.

Meijers bleef bij zijn zienswijze dat art. 2014 lid 1 OBW inhield dat bezit te goeder trouw van roerende zaken gelijkstaat aan eigendom.¹³⁵⁰ Hij waarschuwde dat de andere uitleg het toepassingsbereik van het artikel beperkt: sommige bezitters die hun bezit te goeder trouw verkregen hebben, verliezen in

¹³⁴² Het processuele bestanddeel houdt in dat bezit in een geding de toekenning van een betere uitgangspositie aan de bezitter rechtvaardigt. Die wordt vermoed eigenaar te zijn en de eiser dient dit vermoeden te ontkrachten door aan te tonen dat zijn tegenstander geen bezitter, dan wel geen eigenaar is.

¹³⁴³ Vgl. voor het volgende Salomons 1997, p. 238.

¹³⁴⁴ Ook de *actio Publiciana* van het Romeinse recht eiste voor zakelijke bescherming dat de zaak aan de (verjarings-)bezitter was *geleverd*, zie noot 1297. Ook diende er voor een beroep op bescherming sprake te zijn van een *geldige titel* en goede trouw, zie p. 227. Salomons 1997, p. 238 vermeldt verder dat de zaak *niet gestolen* of *verloren* mag zijn. Deze eisen worden rechtstreeks door het wetsvoorschrift gesteld.

¹³⁴⁵ Naar eigen zeggen deed hij dit pas in de vijfde druk (1913) in zijn bewerking van het deel Zakenrecht uit de Asser-serie. Asser/Scholten 1913, p. 77. Zie over deze eis nader: Salomons 1997, p. 239 e.v.; Van Oven 1951 (*NJB*), p. 231.

¹³⁴⁶ Zie hieronder mijn noot 1348.

¹³⁴⁷ In zijn proefschrift uit 1905 hing Van Oven 1905, p. 244, nog de oude leer aan.

¹³⁴⁸ Zie Van Oven 1908 (*WPNR* # 2016-2019), in het bijzonder de aansporing op p. 434 (*WPNR* # 2017) dat men nog eens een woordje over de goede trouw moest spreken omdat wie de moderne leer aanvaardt ‘ook gerust de goede trouw mee in den koop kan nemen, ja dat eigenlijk *moet* doen.’ Zie ook Van Oven 1924, m.n. p. 115 e.v.

¹³⁴⁹ Salomons 1997, p. 238 e.v.

¹³⁵⁰ Vgl. Meijers 1927, (*WPNR* # 3027), p. 918; *VPO* (II), p. 148: Voor de vraag of deze beperkte opvatting van art. 2014, 1^o lid juist is [d.w.z. de nieuwe leer, *HHR*], verwijs ik naar mijn onderschrift onder het arrest van 1922 in dit Weekblad no. 2739. Ik heb haar daar bestreden en aan de argumenten, toen genoemd, heb ik niet veel toe te voegen.’

de nieuwe leer hun bescherming. Dit verlies treft personen die hun bezit niet door levering maar door inbezitneming hebben verkregen, dan wel door een levering waaraan een geldige titel van aanvang aan ontbrak of later is komen te vervallen.¹³⁵¹

Van veel meer belang, dan de regel van bewijsrecht, dien SCHOLTEN in art. 2014 B.W. leest, is dan ook de materieelrechtelijke beperking die hij in de uitlegging van art. 2014, te lid aanbrengt. SCHOLTEN doet, gelijk verschillende Fransche auteurs, alleen hem, die te goeder trouw *krachtens wettigen titel van een voorganger* (cursivering *Meijers*) het bezit verkregen heeft, de bescherming van het eerste lid ten deel vallen; geen eigendom dus voor hem, die hoewel te goeder trouw, door eenzijdige inbezitneming of door levering zonder geldige oorzaak eens anders zaak verkregen heeft.¹³⁵²

De door Meijers aangewezen bezitters ontberen *zakelijke* bescherming in Scholtens 'nieuwe leer': Scholten kent hen niet langer méér recht op het goed toe dan willekeurige anderen, louter vanwege hun status als bezitter. Dergelijke bezitters kunnen zich dus tegen een inbreuk op hun bezit niet steeds verweren met de stelling dat er inbreuk was gemaakt op een *recht*. De 'nieuwe leer' kent dus een minder vergaande bescherming van het bezit van roerende goederen.

3.3 Van Oven: noodzaak zakelijke bezitsbescherming in de nieuwe leer

Van Oven zag het gebrek in de bescherming van het bezit van roerende goederen in de 'nieuwe leer' vanaf het begin in. In een opstel uit 1908 wijst hij er op dat eigendom in de nieuwe leer een grotere rol speelt dan in de oude. De

¹³⁵¹ Niet geheel juist lijkt me dan ook Jansens slotsom dat: 'De verschillen die bestaan tussen de door Scholten en Meijers verdedigde theorieën over art. 2014, hangen samen met hun verschillende opvattingen over de eigendoms~~overdracht~~ [cursivering, *HHR*] van roerende zaken.' Jansen 2011, p. 247. Zoals Meijers in dit citaat aangeeft, bestaat er ook een belangrijk verschil van opvatting ten aanzien van eigendom van roerende goederen die *niet* is overgedragen, zoals door eenzijdige inbezitneming te goeder trouw. Zie hierover ook Jansen 2011, p. 250, noot 84. Hoe dan ook: het lijkt mij juister te spreken over verschillen ten aanzien van eigendoms~~ver~~krijging van roerende goederen. Zie over de eigendomsver~~ver~~krijging door bezitsoverdracht ook Meijers 1908 (*WPNR* 1997), p. 154; *VPO* (II), p. 28: '(...) veeleer lijkt mij de opvatting van v. Bemmelen (Themis 1887 blz 82) de juiste, welke onder overgave in art. 667 alleen de overgave van hand tot hand verstaat. Mijn bezwaren tegen de heersende opvatting zal ik nochtans hier niet ontwikkelen, het geldt hier m.i. toch een louter academische quaestie. Teveel wordt uit het oog verloren dat art. 2014 en niet art. 667 in deze beslissend is. Indien al niet volgens art. 667 iedere bezitsoverdracht voldoende is, om de verkrijgen van een zaak eigenaar te maken, dan is dat toch zeker volgens art. 2014 het geval.'

¹³⁵² Meijers 1927, (*WPNR* # 3027), p. 918; *VPO* (II), p. 148-149.

oude leer kent namelijk een groter aantal gevallen waarin de eigenaar kan revindiceren: hij mag ook een goed terugvorderen dat ten gevolge van ‘vitieuze traditie’ bij anderen terecht is gekomen.¹³⁵³

Van Oven meent niet dat deze prominentere rol van de eigendom die van het bezit en de noodzaak van bezitsbescherming terugdringt. Sterker: hij acht de invoering van zakelijke bezitsbescherming voor roerende zaken in de nieuwe leer nog van groter belang dan in de oude leer.¹³⁵⁴ Weliswaar kent de interpretatie van Scholten een groter terrein toe aan eigendom, maar het door hem voorgestane causale stelsel stelt tegelijkertijd zwaardere eisen. Voor een beroep op bescherming van die eigendom moet men namelijk méér bewijzen dan louter bezit en goede trouw. Van Oven ziet met name in het leveren van dat extra bewijs een mogelijk probleem.

Welk gebied blijft er nu in deze [nieuwe, *HHR*] leer over voor de bezitsbescherming? Dat gebied is hier noodzakelijk groter dan onder de heersende leer, want al zijn hier de gevallen waarin men een revindicatie kan instellen talrijker, aan de andere kant is de eigendom volgens het moderne stelsel aan veel zwaardere eisen gebonden en dat veroorzaakt altijd grote behoefte aan bezitsbescherming. Immers deze vindt haar oorsprong in de moeilijkheid van het bewijs van den eigendom.¹³⁵⁵

Het bewijs van eigendom is moeilijk: het Romeinse recht vereiste het aantonen van ‘gekwalificeerd bezit’. Van Oven omschrijft deze eis als ‘bezitsverkrijging benevens nog iets’.¹³⁵⁶

Dat ‘nog iets’ is hetzij de omstandigheid dat de zaak aan niemand toebehoorde, hetzij die dat het bezit door verloop van jaren als het ware was geconsolideerd. Occupatie en verjaring zijn de enige wijzen waarop men zijn eigendom kan bewijzen; immers wie zich op erfopvolging of levering, op successie in één woord beroept,

¹³⁵³ Van Oven 1908 (*WPNR* # 2017), p. 434: ‘Zo is de revindicatie toegelaten van de verkoper tegen de koper, wanneer de overeenkomst wegens dwaling, dwang, bedrog, minderjarigheid, curatele en wat al niet meer vernietigbaar is. Zo is zij toegelaten wanneer aan de traditie een onzedelijke overeenkomst ten grondslag lag, wanneer de schuldeisers erdoor benadeeld werden, wanneer er *dissensus* bestond omtrent de *causa* der traditie, en zo voort. In al die gevallen kent men in de oude leer geen revindicatie, in de nieuwe wel.’

¹³⁵⁴ Van Oven 1908 (*WPNR* # 2019), p. 461: ‘We hebben hier te doen met de functie die ik indertijd noemde de zakelijke. Bezit is hier een zakelijk recht, en het is er ons om te doen, met zijn bescherming ongeveer hetzelfde te bereiken als met die van de eigendom.’; Van Oven 1951 (*NJB*), p. 227: ‘Nu was het aan de verdedigers der leer van Scholten geenszins onbekend, dat deze deze een veel dringender behoefte schiep aan de erkenning van zulk een zakelijk recht [‘het aloude zakelijk beschermde bezitrecht’, *HHR*] dan er onder de door hen bestreden leer bestond.’

¹³⁵⁵ Van Oven 1908 (*WPNR* # 2018), p. 450.

¹³⁵⁶ Van Oven 1908 (*WPNR* #2016), p. 419.

moet altijd bewijzen dat zijnen auctor juris het recht toekwam, m.a.w. moet altijd tenslotte terecht komen op occupatie of verjaring. (Afgezien dan van enkele gevallen der toewijzing van Staatswege).

Van Oven acht het een grove weeffout van de oude leer dat zij voor roerende zaken alleen bezitsverkrijging eiste en het ‘nog iets’ wegliet. Hij meent dan ook dat hierdoor de eigendom van roerend goed is afgeschaft en vervangen door bezit.¹³⁵⁷ Weliswaar kon in de twee gevallen genoemd door het tweede lid van art. 2014 (verlies en diefstal) het Romeinse eigendomsbegrip herleven, maar dit waren uitzonderingen die de hoofdregel van de oude leer bevestigden.¹³⁵⁸ Omdat er in Van Ovens zienswijze geen bezitsbescherming voor roerend goed bestond, was men volgens hem in veel gevallen zelfs niet in staat om *enig* zakelijk recht van toebehoren op roerend goed te bewijzen.¹³⁵⁹

Volgens Van Oven veroorzaakt het gedeeltelijke verdwijnen van de zakelijke eigendomsbescherming in de nieuwe leer dus behoefte aan zakelijke bezitsbescherming voor roerend goed. Maar voordat daarvan sprake kon zijn moest nog wel een hobbel genomen worden: de acties in de bezittitel hadden volgens Van Oven alleen betrekking op onroerend goed. Hij meent desalniettemin dat ook dit probleem te omzeilen valt en wel met behulp van wat hij eufemistisch een ‘ietwat ruime wetsuitlegging’ noemt.¹³⁶⁰ Voor het nog te vormen recht hoopt hij dat daarin zowel de bezitsbescherming als de verkrijgende verjaring van roerende zaken een eigen regeling krijgen.

Men ziet, dat door een behoorlijke regeling van het instituut der bezitsbescherming, volkomen wordt voorzien in de leemte die bestaat doordat de eigendom van roerend goed niet alle gevallen omstrengelt waarin zakelijke bescherming verleend dient te worden. Neemt men de moderne o.i. juiste uitlegging van art. 2014 aan, dan is de leemte nog groter dan bij de oude leer en doet de behoefte aan bezitsbescherming zich nog meer gevoelen. De jure constituendo zou er dan ook geen twijfel aan zijn of men zou de bezitsbescherming van roerend goed volledig in ere moeten herstellen en haar inrichten zoals wij hierboven omschreven. Op deze wijze vormt zij de logische en de noodzakelijke aanvulling van het eigendomsstelsel. *Wanneer men art. 2014 slechts aanvult met een acquisitieve eigendomsverjaring voor roerend goed en men stelt er de bezitsbescherming naast, dan heeft men de*

¹³⁵⁷ Van Oven 1908 (*WPNR* # 2016), p. 420.

¹³⁵⁸ Van Oven 1908 (*WPNR* # 2017), p. 434.

¹³⁵⁹ Van Oven 1908 (*WPNR* # 2016), p. 420.

¹³⁶⁰ Van Oven 1908 (*WPNR* # 2019), p. 462-463. Ik vermeldde al dat hij later op dit standpunt terugkwam en een wetswijziging nodig achtte: zie het citaat hierboven, bij mijn noot 1334.

meest volledige regeling van het roerende goederenrecht die men zich denken kan [cursivering, *HHR*].¹³⁶¹

Meijers lijkt met name dit advies van Van Oven ter harte te hebben genomen in zijn regeling van verkrijgende verjaring en bezitsbescherming in het Ontwerp.¹³⁶²

3.4 Meijers' stellingname ten aanzien van de nieuwe leer

Het valt op dat Meijers zich niet bijzonder krachtig heeft verzet tegen de nieuwe uitleg. In een in 1927 verschenen opstel steekt hij weliswaar zijn voorkeur niet onder stoelen of banken, maar tegelijkertijd geeft hij toe dat voor zowel zijn eigen uitleg als voor die van Scholten argumenten te vinden zijn.¹³⁶³ Hij wekt de indruk meer geïnteresseerd te zijn in het opheffen van de onduidelijkheid over de uitleg dan in het propageren van zijn eigen zienswijze. Het opstel bevat dan ook een oproep aan de Hoge Raad om helderheid te verschaffen.¹³⁶⁴ Een jaar later doet hij dezelfde oproep aan de wetgever in zijn opstel *Het feillooze deel van ons Burgerlijk Wetboek*.¹³⁶⁵ Hierin vraagt hij nadrukkelijk om verduidelijking van de regel “bezit geldt als een (*sic*) volkomen titel”.¹³⁶⁶ Anders dan Van Oven spreekt Meijers zich niet uit voor een afzonderlijke invoering van bezitsbescherming voor roerende zaken. Voor hem bestaat hiertoe geen aanleiding omdat in zijn zienswijze het toepassingsbereik van art. 2014 ruimer is: het artikel beschermt óók de bezitters te goeder trouw die in de nieuwe leer zakelijke bescherming ontberen.

¹³⁶¹ Van Oven 1908 (*WPNR* # 2019), p. 462. Vgl. Van Oven 1924, p. 109.

¹³⁶² Vgl. het citaat bij mijn noot 1390.

¹³⁶³ Meijers 1927 (*WPNR* # 3027), p. 919. Salomons 1997, p. 250-251 merkt eveneens op dat Meijers zich geen fanatiek voorstander van zijn eigen ‘bezitsleer’ toonde. Salomons schrijft echter dat Meijers zich desalniettemin danig onttremd toonde over de keuze van de Hoge Raad voor de opvatting van Scholten in het arrest Damhof-De Staat. Ik zie de oorzaak van Meijers' onttremdheid niet zozeer gelegen in een door de Hoge Raad gemaakte keuze voor de leer van Scholten, maar door het vooruitlopen door het college (dat kennis droeg van Meijers' keuze voor deze leer in het Ontwerp), zonder gelijktijdige introductie van derdenbeschermende regels. Zie hieronder p. 374.

¹³⁶⁴ Meijers 1927 (*WPNR* # 3027), p. 919.

¹³⁶⁵ Meijers 1928 (*WPNR* # 3031), p. 49 e.v.; (*VPO*) I, p 93 e.v.

¹³⁶⁶ Zie zijn 12^e punt, hierboven weergegeven op p. 319.

3.5 Het Ontwerp en het vooruitlopen hierop door de Hoge Raad

Nadat Meijers tevergeefs zowel wetgever als Hoge Raad om verduidelijking van de regel van art. 2014 OBW had gevraagd, werd hij door zijn aanstelling als ontwerper in 1947 in de gelegenheid gesteld om het vraagstuk zelf op te lossen.¹³⁶⁷

Meijers wenste eenheid van stelsel voor de overdracht van zowel roerende als onroerende goederen. Het was Meijers niet ontgaan dat de aanhangers van een causale interpretatie terrein wonnen.¹³⁶⁸ Zij slaagden er zelfs in de Hoge Raad voor hun zienswijze te winnen, althans voor wat betreft de cessie van schuldvorderingen. Dat gebeurde in de zaak *Woldijk-Nijman*, die in de *Nederlandse Jurisprudentie* gepubliceerd werd met een noot van Meijers.¹³⁶⁹ In die noot stelt Meijers vast dat de Hoge Raad, anders dan in voorgaande arresten, zich nu positief uitspreekt over het *causale* stelsel van overdracht bij de cessie van een schuldvordering. Vervolgens merkt hij op dat dezelfde Kamer van de Hoge Raad drie maanden na het wijzen van *Woldijk-Nijman* bij de overdracht van een octrooi het *abstracte* stelsel volgt. Meijers toont zich allerm minst gecharmeerd van het gebrek aan eenheid van stelsel:

Daarnaast zij er op gewezen, dat er geen enkele grond te bedenken valt, waarom de wetgever bij een recht van octrooi een ander stelsel zou volgen dan bij onroerend

¹³⁶⁷ Zie hierboven, p. 317.

¹³⁶⁸ Hierboven (noot 1347) vermeldde ik al dat van Oven van kamp wisselde en de causale leer omarmde. Van Oven heeft naar mijn overtuiging bij de totstandkoming van Meijers' acceptatie van de causale leer een belangrijke rol gespeeld, al zou hij dit zelf waarschijnlijk hebben ontkend. In zijn *Praeadvies* wijst hij Scholten aan als degene die de causale opvatting verspreidde, zie Van Oven 1924, p. 88: 'Aldus is de huidige generatie – die voor een groot deel het zakenrecht kent uit ASSER-SCHOLTEN – ongetwijfeld grootgebracht in de causale opvatting; (...)' Zie over de acceptatie van de legitimatieleer ook p. 116. Anderzijds wijzen zowel Scholten als Meijers met name Van Oven aan als dé voorstander van de causale leer. Vgl. Scholten 1933, p. 150: 'Daartegen heeft VAN OVEN in een doorwrocht praeadvies voor de Broederschap van Candidaat-Notarissen (1924) het met evenveel vuur voor de causale leer opgenomen (waartegen weer MEIJERS, *W.P.N.R.* 2853).' Dat Meijers zijn standpunt met name bepaalde aan de hand van de 'afvallige' Van Oven blijkt uit zijn retorische vraag: 'Is nu de voorstander van de causale levering, VAN OVEN, met dit resultaat tevreden?' Meijers 1951 (*WPNR* # 4187), p. 178; *VPO* (II), p. 172. Meijers en Van Oven kenden elkaar overigens goed, zie bijv. Van Oven 1950, p. 109. Meijers lijkt gehoor te hebben gegeven aan Van Ovens wens, vgl. mijn noot 1362. Dat Meijers de stukken van Van Oven heeft geraadpleegd voor de redactie van de *Bezittitel* ligt voor de hand. Uit Drions aantekeningen over het toegevoegde art. 16 in de *Bezittitel* blijkt naar mijn mening dat Meijers ergens tussen 26 april en 24 juni 1948, dus ruim voordat de Hoge Raad het arrest Damhof-De Staat wees, een definitieve keus maakte voor het vastleggen van het causale stelsel en de daarbij noodzakelijke uitzonderingen.

¹³⁶⁹ HR 9 februari 1939, *NJ*, no. 865, p. 1318 e.v. m.nt. E.M.M. (*Woldijk-Nijman*).

goed; slechts bij een duidelijke wettekst mag aangenomen dat de wetgever geheel willekeurig eenheid van stelsel zou hebben prijsgegeven.

Eenheid van stelsel, dat was voor Meijers een zwaarwegend argument. Ik meen zelfs dat dit argument hem, een overtuigd aanhanger van de abstracte leer voor het OBW,¹³⁷⁰ ertoe heeft bewogen om voor het nieuwe recht een andere regeling te kiezen. De keuze voor het causale stelsel blijkt al uit het vroegste concept voor de afdeling *Overdracht van goederen*. Het eerste lid van het vierde voorschrift van deze afdeling luidde:

Art. 4 lid 1. (B.W. 12c).

Voor een overdracht wordt vereist een *levering krachtens geldige titel* [cursivering, *HHR*], verricht door hem, die bevoegd is over het goed te beschikken.¹³⁷¹

In Meijers' afweging, waarin hij ongetwijfeld de noodzaak van het verwerken van de laatste jurisprudentie heeft afgewogen tegen het codificeren van zijn eigen zienswijze, zal het arrest *Woldijk-Nijman* de doorslag hebben gegeven. Dit arrest vormde in zijn concept-Toelichting zelfs de enige motivering voor de keuze voor het causale stelsel.¹³⁷²

Meijers zag dus af van handhaving van het, naar zijn mening, abstracte stelsel van het OBW en voerde in zijn Ontwerp een causaal stelsel in.¹³⁷³ Dat deze invoering op brede steun kon rekenen, blijkt uit de notulen van de 90e Vergadering van de Subcommissie op zaterdag 3 december 1949:

Art. 4. Lid 1. Geen der aanwezigen voert bezwaren aan tegen het causale stelsel.¹³⁷⁴

¹³⁷⁰ Vgl. Meijers 1927 (*WPNR* # 3026), p. 896; *VPO* (II), p. 139.

¹³⁷¹ B.W. 12c (p. 1). NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 182. Anders dan men uit de nummering zou opmaken is B.W. 12c het eerste totaalconcept voor titel II: *Verkrijging en Verlies van Goederen* van het Ontwerp. B.W. 12c vervangt ook het deelconcept B.W. 21: *Van verkrijging door verjaring*. B.W. 12b bevat het rapport van Bregstein over dit concept en B.W. 12a (= B.W. 24b) een verbetering voor art. 9 uit de bezittitel (zie NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 609). In het overeenkomstige voorschrift in het Ontwerp (3.4.2.2 lid 1) werden de woorden 'een goed' toegevoegd. Het is ongewijzigd overgenomen als 3:84 lid 1 BW: Voor overdracht van een goed wordt vereist een levering krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken. Zie ook hierboven mijn noot 1261.

¹³⁷² B.W. 12d, art. 4, p. 2. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 609. Pas later wordt deze vermelding voorafgegaan door het arrest *Damhof-De Staat*.

¹³⁷³ Invoering van een causaal stelstel kon volgens Meijers ook plaatsvinden, indien men maar de nodige "mitsen en maren accepteerde", zie het bij noot 1390 opgemerkte.

¹³⁷⁴ Notulen van de Negentigste vergadering van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving. De vergadering wordt gehouden op Zaterdag 3 December 1949 te 10 uur in het Ministerie van Justitie te 's-Gravenhage. Aanwezig de Voorzitter Mr Meijers, de leden Mrs. van

De in de literatuur wel aangetroffen opvatting dat Meijers in zijn Ontwerp de causale leer pas omarmde nadat de Hoge Raad het bekende arrest *Damhof-De Staat* had gewezen is dus pertinent onjuist.¹³⁷⁵

Eén van de in de 90^e vergadering aanwezige leden was raadsheer De Jong, die zijn kennis van het concept Ontwerp in het arrest *Damhof-De Staat* zou gebruiken om hierop vooruit te lopen.¹³⁷⁶ Bregstein onthulde later in een voordracht voor de Gentse rechtenfaculteit dat Meijers allerm minst gecharmeerd was van het gebruik van deze voorkennis.

Inmiddels oefenen de gepubliceerde teksten en toelichtingen als “restatement of the law” reeds hun invloed uit. Al vóór de publicatie beïnvloedde de bij de Hoge Raad aanwezige wetenschap hoe Meijers de regel “bezit geldt als volkomen titel” nader uitwerkte, haar invloed uit op het uiterst belangrijke arrest van 5 mei 1950 inz. art. 2014 (Code 2279) en het vraagstuk der causale levering.

Grote gebeurtenissen werpen hun schaduw vooruit. Meijers was over deze voortijdige toepassing weinig te spreken. Voor hem was er een markant verschil tussen *jus constitutum* en *jus constituendum*; dat verklaart ook waarom hij b.v. bij de regeling van het Zakenrecht in zijn ontwerp geheel het steeds door Prof. Scholten

Brakel, Bregstein, Eggens, de Jong, Petit, Scholten, mevr. Schönfeld, Visser van IJzen-doorn, de algemene Secretaris Mr. Belinfante en Mrs. van den Bergh en Drion, adjunct secretarissen. Bespreking van de Titel Verkrijging en Verlies van Goederen. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 181 (p. 283).

¹³⁷⁵ Zie bijv. Asser/Mijnssen/De Haan 2006 (3-I), nr. 238: ‘Na dit arrest heeft MEIJERS, die aanvankelijk de abstracte leer verdedigde, zich erbij neergelegd dat het nieuwe Burgerlijk Wetboek zou uitgaan van de causale leer.’; Snijders en Rank-Berenschot 2007, nr. 366: ‘Meijers heeft de leer van de Hoge Raad in art. 3:86 gerespecteerd en deze dus voor ons huidige wetboek overgenomen, zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis.’ Zie ook Salomons 1990, p. 279-280. Overigens meenden ook Meijers’ tijdgenoten dat de Hoge Raad in het arrest (tegen Meijers in) koos voor de leer van Scholten, zie o.a. Korteweg 1950 (*WPNR* # 4156), p. 423; Van Oven 1951, p. 225; Wiarda 1951 (*WPNR* # 4208), p. 413; Smalbraak 1951, p. 285; zie ook het citaat van Veegens hieronder bij noot 1381. De Grooth 1952, p. 169 (naschrift) meent dat de HR bij het Duitse wetboek (§892) te rade is gegaan, een paragraaf die overigens ook wordt beschouwd als de inspiratiebron van Scholten.

¹³⁷⁶ In zijn dankwoord naar aanleiding van zijn erepromotie aan de Universiteit van Amsterdam in 1971 maakte raadsheer De Jong (één van de rechters van het arrest *Damhof-de Staat*) gewag van het feit dat de Hoge Raad, mede door zijn eigen werkzaamheden aan het nieuwe BW, rekening hield met het nieuwe BW. Het rechterlijk college liep hiermee dus vooruit op het Ontwerp. Giltay Veth 1976, p. 19 e.v.; Florijn 1996, p. 166 noot 218. Omdat het arrest *Damhof-De Staat* nagenoeg ongemotiveerd is, zochten schrijvers destijds naar de inspiratiebron van de Hoge Raad. Zo veronderstelden Veegens, Wiarda en De Grooth ten onrechte dat het college op het kompas van Scheltema heeft gevaren. Die verklaarde in zijn geschriften (o.a. zijn bijdrage aan het Gedenkboek BW 1838-1938) de nieuwe leer de ‘meest rationele en billijke’.

voor het geldende recht verdedigde systeem codificeerde, ofschoon hij dit voor het geldende recht steeds had bestreden.¹³⁷⁷

Meijers zelf reageerde op onverwachte wijze: hij doorbrak zijn gebruikelijke stilzwijgen over zijn Ontwerp in het opstel *Het arrest van de Hoge Raad van 5 mei 1950 betreffende de eigendom van roerend goed*. Ik beschouw dit als een unicum: voor zover mij bekend heeft Meijers zich sinds de verlening van zijn opdracht in 1947 tot de publicatie van het eerste deel van zijn Ontwerp in mei 1954 verder nooit in het openbaar uitgelaten over de inhoud van het Ontwerp.¹³⁷⁸ Kort en bondig meldt hij dat de invoering van een causaal stelsel *zonder aanvullende regelgeving* ‘dikwijls onbillijk werkt’. De Grooth zou later in scherpere bewoordingen precies hetzelfde zeggen: doordat het causale stelsel zijn invoering dankte aan de rechter in plaats van de wetgever, miste het de ‘hoognodige palliatieven’ (pijnstillers) tegen zijn eigenaardige hardheid.¹³⁷⁹

Het is die hardheid waarvoor Meijers de aandacht vraagt in zijn opstel. Hij openbaart dat zijn Ontwerp niet minder dan vijf aanvullende regelingen bevat om te voorkomen dat het daarin geïntroduceerde causale stelsel tot onbillijke resultaten zou leiden.¹³⁸⁰ Tussen de regels door kan men lezen dat hij een derge-

¹³⁷⁷ Bregstein 1956 (*Rechtskundig Weekblad*), p. 182.

¹³⁷⁸ Meijers had zelfs bedongen dat zijn voorontwerp pas gepubliceerd zou mogen worden als het geheel gereed zou zijn, zie Florijn 1996, p. 93 (noot 7) en p. 168. Kenmerkend voor zijn opstelling is de opmerking die hij maakte in de inleiding van een rede uitgesproken op 8 mei 1948 in de Ridderzaal: ‘Wat moet de ontwerper van een nieuw Burgerlijk Wetboek zich ten doel stellen? Zo spoedig mogelijk zijn arbeid voltooien en zolang hij hem niet voltooid heeft, er zo weinig over spreken.’ Meijer 1948 (*WPNR* # 4041), p. 233; *VPO* (I), p. 146 e.v. Dorhout Mees herinnert zich de volgende anekdote over Meijers’ terughoudendheid m.b.t. zijn ontwerp: ‘Ik heb eens een diescollege van hem bijgewoond en toen zou hij praten over het ontwerpen van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Er waren toen natuurlijk twee stampvolle zalen, en toen heeft hij kans gezien om drie kwartier hele goeie grapjes te vertellen en niets los te laten over wat hij van plan was met het ontwerp Burgerlijk Wetboek.’ Van Dunné e.a. 1977, p. 80.

¹³⁷⁹ Vgl. De Grooth 1952, p. 156 en 163, verwijzend naar het genoemde artikel van Meijers.

¹³⁸⁰ Overigens ontbreekt in zijn vijfpuntige opsomming de daarna uitdrukkelijk door hem in het vooruitzicht gestelde (p. 180) algemene regel dat ieder, die van een ander levering of teruggave van een zaak kan vorderen, als schadevergoeding de waarde van die zaak – quanti ea res est – kan eisen in plaats van zich tot zijn houderschapsbelang te moeten beperken. Meijers 1951 (*WPNR* # 4187), p. 180; *VPO* p. 177. Vgl. Meijers 1919 (*WPNR* # 2604), p. 442; diens onderschrift bij het arrest van 21 maart 1929, *NJ* 1929, 1371. Overigens is de door Meijers in *WPNR* # 4187 en *VPO* p. 177 opgegeven vindplaats: *WPNR* # 2607, incorrect; het bewuste opstel vindt men terug in *WPNR* # 2603-2604. Zie ook: Bloembergen 1965, p. 112 (nr. 81, noot 3), die vaststelt dat Meijers’ regeling niet is overgenomen door de voortzetters van het Ontwerp; p. 258 (nr. 178, zie ook noot 2); Tjeenk 1997, p. 230 (m.n. noot 111).

lijk onbillijk resultaat aanwezig acht in de zaak *Damhof-De Staat*.¹³⁸¹ In het volgende citaat lees ik een regelrechte afwijzing van het vooruitlopen op het Ontwerp door de Hoge Raad:

Ik wens mij bij voorbaat te verdedigen tegen een verwijt, dat men wellicht in de toekomst tegen mij maken zou, wanneer mijn ontwerp algemeen bekend zal zijn geworden, het verwijt n.l. dat men daarin oplossingen zal vinden volkomen tegenstrijdig aan hetgeen ik tot heden heb verdedigd. Zij, die mij dit zouden verwijten, vergeten daarbij, dat voor mij de tekst en vooral het stelsel der bestaande wet meer waarde hebben, dan voor hen, die menen alles uit de wet te mogen halen, wat hun redelijk en billijk voorkomt.

Zo heb ik voor onze wet het causale stelsel steeds bestreden het geen mij echter niet beletten zal in mijn ontwerp het causale stelsel op te nemen. Echter men zal daar ook vinden andere regels die in ons wetboek ontbreken en zonder welke het causale stelsel dikwijls onbillijk werkt.¹³⁸²

Meijers stelt ook zijn in 1927 aan de Hoge Raad gevraagde verduidelijking aan de orde. Hij benadrukt dat het hem destijds te doen was om verhoging van de rechtszekerheid. Maar die rechtszekerheid is met het arrest *Damhof-De Staat* juist slecht gediend, omdat de Hoge Raad ‘omgaat’ ten aanzien van een eerdere uitspraak waarin hij de bezitter wél bescherming toekende tegen inbreuken van derden zonder eigen recht. Een dergelijke ommezwaai had Meijers niet voorzien.

Ik voegde hieraan toe, dat het verschil tussen de twee opvattingen omtrent art. 2014 1^e lid B.W. in de eerste plaats een verschil van interpretatie betrof, maar dat vóór alles hier rechtszekerheid was gewenst. Ik moet eerlijk bekennen, dat ik daarbij niet aan beslissingen als in de zaak *Damhof* tegen de Staat gedacht heb, waarbij aan een eventuele bezitter te goeder trouw het beroep op art. 2014 1^e lid *tegen een derde*¹³⁸³ [cursivering, *HHR*] wegens een gemis van een titel zou worden ontzegd, omdat de Hoge Raad nog in zijn arrest van 3 Februari 1922, N.J. 1922, 388 [Veltman/Kooper, *HHR*] beslist had ‘dat de bezitter van roerend goed tegenover elk en een

¹³⁸¹ Vgl. Veegens 1982, p. 201: ‘Opvallender, zelfs intrigerend, was de uitval van Meijers naar ‘hen, die menen alles uit de wet te mogen halen wat hun redelijk en billijk voorkomt’, VPO II, blz. 169. De verklaring lag voor de hand. Het artikel handelde over het *Damhof*-arrest van 1950 waarin de Hoge Raad voor art. 2014 BW niet de leer van Diephuis en Meijers, maar die van Scholten heeft gevolgd. Al in de eerste paragraaf van de toelichting op boeken 1-4 NBW wordt als nadeel van zulke rechtshervormingen door een vrije rechtspraak genoemd haar instabiliteit. De rechter grijpt soms fors in en deinst later terug voor de consequenties van zijn eigen uitspraak.’

¹³⁸² Meijers 1951 (*WPNR* # 4187), p. 177; *VPO* (II), p. 169.

¹³⁸³ De Staat pretendeerde geen enkel eigen recht op de zaken en trad op als derde, zoals ook P-G Berger nadrukkelijk vaststelde. Zie hieronder, p. 383.

iegeijk als eigenaar wordt beschouwd zolang een ander niet een beter recht bewijst.¹³⁸⁴

Toen Meijers het stelsel van zijn Ontwerp causaal van aard maakte, achtte hij het nodig een aanvullende regeling treffen om deze bescherming in het nieuwe systeem te handhaven. In zijn opstel wijst hij onder andere op ‘de mogelijkheid van op bezit gegronde vorderingen ook voor roerende goederen’.¹³⁸⁵ Meijers acht de zakelijke bescherming in *Veltman-Kooper* zinvol: ‘Hier wordt van de o.i. juiste gedachte uitgegaan: dat een derde zich niet heeft in te laten met de vraag of er tussen de verkoper en koper een geldige titel aanwezig is, vooral als de verkoper zich daaraan niets laat gelegen liggen.’¹³⁸⁶

De wijze waarop de Hoge Raad art. 2014 lid 1 OBW uitlegde in *Veltman-Kooper* bood een zéér ruime bescherming, vooral omdat hij de eis van de goede trouw niet stelde. Hierdoor was de geboden bescherming nog ruimer dan die Meijers en Scholten voorstonden: die eisten wél goede trouw. Het rechtscollège verleende óók bescherming (tegen derden) aan bezitters die onder de uitzondering van het tweede lid vielen, zoals bezitters van gevonden of gestolen zaken. P-G Berger vroeg in zijn conclusie bij *Damhof-De Staat* nog nadrukkelijk om aandacht voor hun positie. Berger stemde in met de advocaat van Damhof dat het haast ondenkbaar scheen ‘dat de wet, hoe men art. 2014 ook uitlegt, geen zakelijke actie zoude verschaffen aan de bezitter, die de revindicatie niet kan afweren, zoals de bezitter van gestolen of verloren zaken, de bezitter te kwader trouw en, volgens de legitimatieleer, de bezitter te goeder trouw in de tweede hand met gebrekkige titel.’¹³⁸⁷ Berger stelde voor om in dergelijke gevallen de bezitter dan maar als een ‘relatief eigenaar’ te beschouwen.

Men kan het wellicht ook zo zien, dat in dergelijke gevallen de bezitter eigenaar is tegenover een ieder behalve tegenover de oorspronkelijke eigenaar, zodat derden die op het bezit inbreuk maken, zich tegenover de bezitter niet kunnen beroepen op een gebrek in diens titel, zelfs niet wanneer de titel volstrekt nietig zoude zijn.¹³⁸⁸

¹³⁸⁴ Meijers 1951 (*WPNR* # 4187), p. 179; *VPO* (II), p. 173-174.

¹³⁸⁵ Meijers 1951 (*WPNR* # 4187), p. 177; *VPO* (II), p. 169. Zie ook reeds zijn Toelichting (12d, uit 1948), waar hij bij het slot van art. 4 met nadruk opmerkt: ‘Een bezitter te goeder trouw zonder meer is derhalve niet steeds eigenaar; gelijk bij de regeling van het bezit zal blijken, geniet hij desniettemin een bescherming tegenover hen, die met nog minder recht aanspraak op het goed zouden maken.’ NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 609. Datering aan de hand van Florijn 1996, p. 107.

¹³⁸⁶ Meijers 1951 (*WPNR* # 4187), p. 178; *VPO* (II), p. 172.

¹³⁸⁷ HR 5 mei 1950, *NJ* 1951 no. 1 (m.n. D.J.V.), p. 7-8.

¹³⁸⁸ HR 5 mei 1950, *NJ* 1951 no. 1 (m.n. D.J.V.), p. 8.

Deze suggestie kan niet rekenen op de instemming van Meijers. Meijers meent dat relatieve eigendom alleen aanvaard kan worden wanneer zij berust op een wettelijke grondslag. Naar aanleiding van het eerdergenoemde arrest *Woldijk-Nijman*, waarin de Hoge Raad zich uitspreekt voor een causaal stelsel van levering van vorderingsrechten, doet hij de volgende uitspraak:

Eigenaar van de vordering tegenover de een, niet-eigenaar tegenover een ander, het is altijd een gewrongen constructie, *maar het minst wat men om deze te aanvaarden mag verlangen, is een wettelijke basis* [cursivering, *HHR*].¹³⁸⁹ De voorstanders van het causale stelsel komen in zodanige gevallen steeds tot een redelijk resultaat, mits men hen maar laat begaan en al hun uitzonderingen en toevoegingen op hun regel wil aanvaarden.¹³⁹⁰

Meijers vermeldt dat zelfs Van Oven, zelfverklaard voorstander van het causale stelsel, toegaf dat voor een redelijk resultaat een wetswijziging nodig was.¹³⁹¹

In deze subparagraaf beprak ik de achtergrond van de invoering van zakelijke bezitsbescherming in het Ontwerp in het kader van de invoering van het causale stelsel van eigendomsoverdracht. Dat de Hoge Raad vooruitliep op het Ontwerp stelde Meijers teleur: volgens hem ontbeerde die uitspraak uiteraard een passende, wettelijke, zakelijke bezitsbescherming. Die bescherming werd uiteindelijk pas geboden na de invoering van dit deel van het NBW in 1992. In de tussentijd heeft de regeling van de zakelijke bezitsbescherming aan de nodige kritiek blootgestaan. Hierover handelt de volgende paragraaf.

¹³⁸⁹ Vgl. ook De Grooth 1952, p. 144: ‘Wat deze “quasi-revindicatie”, aan de bezitter-niet-eigenaar toe te kennen, betreft, het valt wel zeer te betwijfelen, of er één rechter te vinden zal zijn, die zodanige vordering zou toelaten, of die een op schending van quasi-eigendom steunende actie, bijv. die uit 1401 B.W., zou durven toewijzen. De H.R. heeft van die laatste actie al in het Damhof-arrest niets willen weten, ondanks de suggesties van zijn procureur-generaal in die richting.’

¹³⁹⁰ Meijers 1951 (*WPNR* # 4187), p. 177-178; *VPO* (II), p. 170.

¹³⁹¹ Meijers 1951 (*WPNR* # 4187), p. 178 noot 4; *VPO* (II), p. 172 noot 2. Zie het citaat van Van Oven bij mijn noot 1334.

§ 4 Kritiek op de regeling van zakelijke bezitsbescherming

‘Het belangrijkste is, dat zij [Meijers en zijn opvolgers, *HHR*] voor roerend goed de acquisitieve verjaring weer hebben ingevoerd, verjaring in drie jaar (art. 3.4.3.1), en daarbij tevens hersteld hebben de Romeinse *actio Publiciana*, in de vorm van een bezitsactie, want de bezitter die bezig is met verjaren, moet beschermd worden jegens derden (art. 3.5.17 lid 1 en 2). Zo is de scheiding van eigendom en bezit weer duidelijk geworden, die in ons 2014 alleen in lid 2, onduidelijk, verschijnt, terwijl lid 1 de indruk moet maken, dat beide instellingen geïdentificeerd zijn.’¹³⁹² *J.C. van Oven*

4.1 Kritiek van twee kanten

Kritiek op Meijers’ uitwerking van de zakelijke bezitsbescherming is niet uitgebleven. Sommigen achten zakelijke bezitsbescherming overbodig, omdat de politionele bescherming van de actie uit de onrechtmatige daad en van het kort geding zou volstaan.¹³⁹³ Anderen wensten dat de zakelijke bescherming zich ook zou uitstrekken tot houders (detentoren).¹³⁹⁴ In deze paragraaf worden beide zienswijzen besproken.

4.2 Het arrest *Damhof – De Staat*

In het denken over de zakelijke bezitsbescherming neemt de zaak *Damhof – De Staat* een centrale plaats in: Meijers verwijst dan ook nadrukkelijk naar deze zaak.¹³⁹⁵ In de vorige paragraaf wees ik er op dat niet alleen Meijers, maar óók

¹³⁹² Van Oven 1956 (*WPNR* # 4438), p. 134.

¹³⁹³ Zie m.n. Drion 1967 (*WPNR*). Vgl. Schut 1972, p. 254: ‘Nog beter zou het zijn indien de bezitsactie over de gehele linie kon worden afgeschaft. Ze wordt in de praktijk nog maar zelden ingesteld omdat de veordering uit onrechtmatige daad en het kort geding voldoende mogelijkheden tot bezitsbescherming bieden. Eigenlijk past de bezitsactie niet meer in een modern wetboek.’

¹³⁹⁴ Zie m.n. Middelberg 1953. Vgl. Van Delden 1986, p. 11: ‘Indien bezitsbescherming wordt uitgebreid tot houderschapsbescherming is de term bezit daarvoor ook al niet meer nodig.’; Schoordijk 1991, p. 460: ‘Naast bescherming van zijn recht dient een houder ook een zakelijke ‘bezitsbescherming’ (wij zouden ook kunnen zeggen: een ‘houdersbezitsbescherming’) te hebben. (...)’

¹³⁹⁵ HR 5 mei 1950, *NJ* 1951, no. 1 (m.n. D.J.V.); Meijers 1951 (*WPNR* # 4187); *VPO* (II), p. 169 e.v. Vgl. Drion 1967 (*WPNR* # 4941), p. 111: ‘Men weet dat Meijers een bezitsbescherming ook voor roerend goed altijd als een noodzakelijk complement op aanvaarding van het causale stelsel en van Scholtens legitimatieleer inzake 2014 B.W. heeft gezien. De combinatie van beiden leidt er immers toe, dat er veel meer bezitters van roerende zaken zonder eigendomsrecht voorkomen dan bij de opvatting die eigendom over doet gaan ongeacht de geldigheid van de titel van overdracht en die de bescher-

P-G Berger, Van Oven en De Grooth naar aanleiding van dit arrest zakelijke bezitsbescherming voorstonden. Omdat ik uit eigen ervaring weet dat het arrest *Damhof-De Staat* niet langer behoort tot de voorgeschreven standaardarresten, geef ik hieronder de casus weer.

Damhof had tijdens W.O. II handel gedreven met een Duits bedrijf, *Kontinental Öl AG*. Hij had van dit bedrijf meubels gekocht en geleverd gekregen door een tweezijdige verklaring (*longa manu*), terwijl een zogeheten ‘Londens besluit’ transacties met de vijand nietig verklaarde.¹³⁹⁶ De meubels werden na het eind van de oorlog door de afdeling van de Politieke Opsporingsdienst (P.O.D.) te Nijmegen ten onrechte aangezien als behorend tot het vermogen van *Kontinental Öl*, in beslag genomen, uit Rotterdam weggevoerd en tegen vooroorlogse prijzen verkocht aan Nijmeegse oorlogsslachtoffers. Damhof gaf aan hierdoor schade te hebben geleden ten belope van ruim fl. 61.000,-¹³⁹⁷ en, aangezien de P.O.D. een orgaan van de staat was, stelde hij de Staat aansprakelijk met een vordering uit onrechtmatige daad.¹³⁹⁸

Maar Damhofs stelling dat de Staat onrechtmatig inbreuk had gemaakt op zijn eigendomsrecht (‘inbreuk op een *recht*’) vond geen gehoor bij de rechtbank

ming van 2014 B.W (en dus het eigendomsrecht) toekent aan iedere bezitter te goeder trouw. De Damhof / Staat procedure bood hiervan een goed voorbeeld – Meijers heeft niet nagelaten daar op te wijzen – (...)’

¹³⁹⁶ Dit is het Besluit van 7 juni 1940, houdende een voorziening, ten einde te verhinderen, dat het rechtsverkeer in oorlogstijd schade toebrengt aan de belangen van het Koninkrijk der Nederlanden. Art. 6 lid 1 sub a bepaalde: Het is verboden zonder voorafgaande toestemming van de Commissie: a. een overeenkomst aan te gaan: 1. met den vijand, met een vijandelijke onderdaan of met een persoon, gevestigd of zich bevindende in vijandelijk gebied, of 2. bij welke de vijand of zodanige onderdaan of persoon of diens belangen onmiddellijk of middellijk betrokken zijn; (...). Art. 10 lid 1 stelde hierop de sanctie van nietigheid: Van rechtswege nietig is elke overeenkomst of handeling, als bedoeld in de artikelen 7-9 [lees: 6-9, drukfout in art. 10 lid 1, zie *NJ* 1949, 575, p. 1097, *HHR*], welke is aangegaan of verricht, hetzij zonder de vereiste voorafgaande toestemming van de Commissie, hetzij zonder inachtneming der voorwaarden bij de verlening daarvan gesteld. De Commissie had de transactie ook niet achteraf bekrachtigd (art. 10 lid 2 Besluit).

¹³⁹⁷ Een vluchtige berekening van de tegenwaarde in 2008 komt uit op een bedrag van rond € 1.500.000,- Ik baseer die berekening op de waardestijging van een huis dat in 1950 voor fl. 7.000,- verkocht werd en in 2008 een waarde vertegenwoordigde van € 179.500,- Bron: *Noordhollands Dagblad*, 6 november 2008, Stelling: ‘Ik ben nog steeds niet gewend aan de euro’ (geraadpleegd 26 april 2009). Neem ik deze cijfers als basis voor de berekening, dan staat fl. 1,- (1950) gelijk aan € 25,60 (2008).

¹³⁹⁸ Vgl. de r.o.: ‘dat eiser, bewerende dat hij eigenaar van die goederen was en dat deze tegen zijn wil zijn weggevoerd door een orgaan van de Staat, gedaagde aanspreekt tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad; (...)’ Rechtbank Den Haag, 20 november 1947, Zaaknummer 2159 (1946), ongepubliceerd. Nationaal Archief, Den Haag, Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage; Parket van de Officier van Justitie; Kamer van Toezicht op Notarissen en Kandidaat-Notarissen, (1916) 1940-1949 (1967), nummer toegang 3.03.15.03, inv. nr. 193. Dit microfiche behoort tot een niet-openbaar archief.

omdat die Damhof niet als eigenaar beschouwde: hij was er niet in geslaagd om de voor eigendomsverkrijging noodzakelijke levering te bewijzen.¹³⁹⁹

Het Hof bekrachtigde in hoger beroep het vonnis van de rechtbank, zij het met verbetering van gronden. Het Hof honoreerde de stelling van de Staat dat er geen onrechtmatige inbreuk op Damhofs eigendomsrecht was gemaakt omdat hij nooit eigenaar was geworden.¹⁴⁰⁰ Hij had het recht niet verkregen door overdracht, omdat door de nietigheid van de koopovereenkomst er geen ‘regtstittel van eigendomsovergang’ was (art. 639 OBW). Evenmin gehoor vond zijn stelling dat hij alsnog als eigenaar mocht gelden op grond van bezit te goeder trouw (art. 2014 OBW). Zowel de oude als de nieuwe leer eisten goede trouw voor een dergelijk beroep en het Hof wees Damhofs beroep af omdat ‘onbekendheid met een verbindend wettelijk voorschrift [het ‘Londens besluit’, *HHR*] een beroep op goede trouw niet kan wettigen.’ Tenslotte had Damhof nog aangevoerd dat hij helemaal geen eigenaar hóefde te zijn om zijn vordering toegewezen te zien: zij zou namelijk óók toewijsbaar zijn op grond van zijn *bezit* van de goederen. Het Hof oordeelde echter dat ‘door hem [Damhof, *HHR*] geen schade wordt gesteld, welke hij, *onafhankelijk van de eigendom* [cursivering, *HHR*] als houder der goederen zoude hebben geleden’. Volgens de dagvaarding bedroeg de schade de waarde van de goederen. Kennelijk meende het Hof dat een niet-eigenaar niet de volledige waarde van de weggenomen goederen mag vorderen, maar dat slechts in aanmerking komt een deel dat aangemerkt kan worden als het ‘houderschapsbelang’.¹⁴⁰¹

In cassatie komt Damhof niet op tegen deze afwijzing: zijn middel spitst zich toe op de verwerping door het Hof van zijn stelling dat hij als bezitter te goeder trouw op grond van art. 2014 OBW de eigendom van de meubels had verkregen. Damhof wil ‘s Hofs oordeel aantasten dat men nooit een beroep op goede trouw kan doen bij onbekendheid met een wettelijk voorschrift. Hij vraagt dan ook om bevestiging dat zijn bezit geldt als ‘volkomen titel’.

Procureur-Generaal Berger acht het middel gegrond, maar de Hoge Raad laat de beantwoording van de vraag naar de gegrondheid achterwege. ‘s Lands hoogste rechtscollege gaat hieraan voorbij, omdat hij meent dat Damhofs beroep op art. 2014 OBW *sowieso kansloos was*. Het college meent namelijk dat voor eigendomsverkrijging van roerende goederen méér nodig is dan louter bezit en

¹³⁹⁹ Vgl. de r.o.: ‘dat ten deze een beroep op art. 2014 B.W. dat met betrekking tot roerende zaken bezit geldt als volkomen titel, zoals eiser bij pleidooi heeft gedaan, hem niet kan baten, daar, nu eiser bedoelde goederen niet zelf onder zich heeft gehad, doch deze bij een derde (firma Felderhoff) waren opgeslagen, niet zonder meer vaststaat dat hij die goederen in bezit heeft gehad’. NL-HaNA, Rechtbank ‘s-Gravenhage, 1940-1949, 3.03.15.03, inv. nr. 193.

¹⁴⁰⁰ Hof ‘s-Gravenhage 10 februari 1949, *NJ* 1949, no. 575.

¹⁴⁰¹ Zie hierboven mijn noot 1380.

goede trouw: het bezit dient bovendien verkregen te zijn krachtens een geldige titel op grond van art. 639 OBW. Kortom: de Hoge Raad spreekt zich uit voor het causale stelsel en de nieuwe leer.

O. dat de bepaling van het eerste lid van art. 2014 B.W. op de algemene regelen betreffende de eigendomsverkrijging van roerend goed door middel van levering slechts in zover een uitzondering maakt dat de beschikkingsonbevoegdheid van de gene die overdraagt de verkrijger te goeder trouw niet kan worden tegengeworpen; dat daarom voor de verkrijging van eigendom ook van roerend goed onverminderd geldt het in art. 639 B.W. gestelde vereiste dat de levering op een rechtstitel van eigendomsovergang moet berusten, des dat de levering de verkrijger alleen dan eigenaar maakt indien zij plaats heeft krachtens geldige titel; dat reeds op deze gronden onaanvaardbaar is de door het Hof verworpen stelling van Damhof, dat, al mocht de overeenkomst, waarbij hij de meubelen gekocht heeft, nietig zijn, als vallend onder het verbod van het besluit A 6, hij niettemin eigenaar van het gekochte is geworden, daar hij, onbekend met genoemd besluit, de goederen te goeder trouw heeft verkregen; (...)

Deze aanvaarding van de nieuwe leer leidde tot de situatie die Van Oven al in 1908 voor mogelijk had gehouden: aan de eiser werd tegengeworpen dat hij geen eigendom had verkregen en toen hij inderdaad geen eigenaar bleek, werd hij niet beschermd omdat er geen aparte bezitsbescherming voor roerende zaken bestond.¹⁴⁰² De actie uit onrechtmatige daad gaf *in casu* geen bevredigend resultaat omdat, zoals Van Oven opmerkt: ‘deze bezitters niet weten geen eigenaar te zijn en daarom hun aanspraak op eigendom baseren, maar de kous op de kop krijgen daar hun vordering geen grondslag heeft, omdat ze geen eigenaar zijn.’¹⁴⁰³

Nu zou men geneigd kunnen zijn te denken: nou en? Aan Damhofs overeenkomst ontbrak toch een geldige titel, zodat de eigendom nooit op hem was overgegaan, terwijl bovendien een ander Londens Besluit bepaalde dat vermogen dat aan een vijandelijke onderdaan toebehoorde, *in casu* dat van het te Berlijn gevestigde *Kontinental Öl AG*, van rechtswege in eigendom overging op de Staat.¹⁴⁰⁴ Er zou, kortom, sprake zijn van een revindicatie tegen een bezitter.

¹⁴⁰² Zie hierboven noot 1359.

¹⁴⁰³ Van Oven 1951 (*NJB*), p. 232.

¹⁴⁰⁴ Dit is het Besluit van 20 October 1944 (no. E. 133), houdende een vaststelling van het Besluit Vijandelijk Vermogen. Art. 3 lid 1 bepaalde: Vermogen, toebehoorende aan een vijandelijken staat of aan een vijandelijken onderdaan, gaat met het in werking treden van dit besluit van rechtswege over op den Staat, behoudens het bepaalde in de artikelen 25 tot en met 28 van dit besluit. Zie nader de gedetailleerde bespreking van dit Besluit Vijandelijk Vermogen in: Van der Ven 1993, p. 167-194.

Dat was ook de zienswijze van het Gerechtshof, dat in een overweging ten overvloede opmerkte dat de Staat gewoon *als eigenaar* zijn rechten geldend had gemaakt.¹⁴⁰⁵ Maar het ging hiermee voorbij aan de vraag of de Staat wel enig recht op de goederen had. Het staat namelijk helemaal niet vast dat de meubels wel vijandelijk eigendom waren! Op dit punt vestigt De Grooth terecht de aandacht.¹⁴⁰⁶ Hij benadrukt dat de Staat geen enkel eigen recht op de zaken pretendeerde en dat hij optrad *als derde*, zoals ook P-G Berger vaststelde:

De vraag, of de Continental Oel A.G. eigenaresse was van de meubelen, welke zij aan Damhof verkocht en leverde, en of dientengevolge de Staat eigenaar daarvan is geworden krachtens K.B.E. 133, nu de verkoopster de eigendom niet rechtsgeldig aan Damhof had overgedragen is geen moment aan de orde geweest.¹⁴⁰⁷

De Grooth noteert dat de vraag of de Staat eigenaar was stellig ontkennend beantwoord zou moeten worden: in een na het arrest ‘aanhangig gemaakte tweede procedure zijn de Staat en Damhof het er over eens, dat *Kontinental Öl AG* de meubelen tijdens de bezetting in Nederland kocht. Zij werd dus evenmin als Damhof eigenaresse.’¹⁴⁰⁸ ‘Desniettemin’, besluit de Grooth, ‘ontkomt de Staat aan de gevraagde veroordeling tot schadevergoeding, ja zelfs, blijft hij in het bezit van de ontvangen opbrengst van de meubelen ad f 18.000, waarop hij zeker geen enkele aanspraak had, en waardoor hij volkomen zonder enige rechtsgrond is verrijkt.’¹⁴⁰⁹

¹⁴⁰⁵ In die overweging ten overvloede merkte het Hof op: ‘dat toch het in October 1944 door een Nederlander van een Duitse Maatschappij overnemen van een partij meubelen, welke kennelijk waren bijeengebracht om deze naar Duitsland weg te voeren, ongeacht de bestemming, welke appellant aan deze goederen mocht hebben willen geven stellig schade aan de belangen van het Koninkrijk kon toebrengen, reeds op deze grond, dat deze goederen volgens het omstreeks dezelfde tijd uitgevaardigde Besluit E 133 als vijandelijk vermogen van rechtswege in eigendom aan de Staat vervielen en de betaling van die goederen in zoverre een bevoordeling van de vijand was;’ (*NJ* 1949, no. 575, p. 1099).

¹⁴⁰⁶ Geert de Grooth was een voormalig student van Meijers en onderhield tot diens dood een langdurige vriendschap met hem. Hij werd net als zijn leermeester in 1947 gewoon hoogleraar burgerlijk recht in Leiden, maar belangrijker is: hij was de advocaat van Damhof en zette diens proces destijds op. Zie ook: NL-HaNA, Rechtbank ’s-Gravenhage, 1940-1949, 3.03.15.03, inv. nr. 193. Hij volgde daarom het procesverloop met grote belangstelling, vooral vanwege de rechtsvragen die aan de orde kwamen. De Grooth 1955, p. 879; De Grooth 1952, p. 118.

¹⁴⁰⁷ De Grooth 1952, p. 166.

¹⁴⁰⁸ De Grooth 1952, p. 166 (noot 1).

¹⁴⁰⁹ De Grooth 1952, p. 166.

4.3 Kritiek: ‘Politionele bescherming van bezit volstaat.’

‘Want er was niets op tegen, te beslissen dat Damhof geen eigenaar was, maar wel strijdt het tegen ons rechtsgevoel, dat hij geen bescherming vond tegen aantasting van zijn bezit door personen die generlei recht op de zaak hadden.’¹⁴¹⁰ *J.C. van Oven*

Meijers hanteerde het volgende uitgangspunt voor de regeling van bezitsbescherming: bezit (van roerende goederen) dat ten gevolge van de aanvaarding van de legitimatieleer niet als eigendom geldt, verdient bescherming tegen inbreuken van derden zonder eigen recht.¹⁴¹¹ Dit uitgangspunt is, voor zover ik heb kunnen nagaan, nooit bekritiseerd. Omstredener bleek de invoering van zakelijke bescherming van bezit. Die wordt door sommige schrijvers overbodig geacht.¹⁴¹² De belangrijkste vertegenwoordiger van deze stroming is Huib Drion, die in 1967 een uitgebreide kritische beschouwing uitbracht met de titel *De betekenis van het bezit voor ons huidige recht*.¹⁴¹³ In dit opstel trekt Drion het nut van invoering van zakelijke bescherming in twijfel omdat hij dit overbodig achtte náast bestaande politionele bescherming: de onrechtmatige daad en het kort geding. Drion werkt zijn stelling mede uit aan de hand van de zaak *Damhof-De Staat*.¹⁴¹⁴ Zijn uitwerking overtuigt overigens niet omdat Drion daarin de onrechtmatigheid van de inbeslagneming vóóronderstelt.¹⁴¹⁵ *In casu* faalde Damhof juist bij de feitelijke instanties met zijn vordering uit onrecht-

¹⁴¹⁰ Van Oven 1951 (*NJB*), p. 227.

¹⁴¹¹ Meijers acht dit ‘billijk’. Hij benadrukt in zijn opstel steeds dat een causaal stelsel billijk dient te zijn. Zo schrijft hij o.a.: ‘Echter zal men daar ook vinden andere regels die in ons wetboek ontbreken en zonder welke het causale stelsel dikwijls onbillijk werkt.’; ‘daarzonder werkt het causale stelsel onredelijk’; ‘De voorstanders van het causale stelsel komen in zodanige gevallen steeds tot een redelijk resultaat, mits men hen maar laat begaan en men al hun uitzonderingen en toevoegingen op hun regel wil aanvaarden.’; ‘Hier wordt o.i. van de juiste gedachte uitgegaan: dat een derde zich niet heeft in te laten met de vraag of er tussen verkoper en koper een geldige titel aanwezig is, vooral als de verkoper zich daaraan niets laat gelegen liggen?’; ‘Het onredelijke resultaat van de causale leer moet dus goed gemaakt worden met een zakelijk bezitsrecht op roerend goed, dat tegen iedere houder (hoelang?) kan worden ingeroepen.’ Meijers 1951 (*WPNR* # 4187); *VPO* (II), p. 169 e.v.

¹⁴¹² Zie bijv.: Veegens in zijn annotatie bij HR 5 mei 1950, *NJ* 1951 no. 1; Drion 1967 (*WPNR* # 4941), p. 110 e.v.; Schut 1972 (*WPNR* # 5176), p. 254.

¹⁴¹³ Drion 1967 (*WPNR*).

¹⁴¹⁴ Vgl. het citaat bij noot mijn 1395.

¹⁴¹⁵ Zie Drion 1967 (*WPNR* # 4941), p. 111: ‘(...) – althans zou dit geboden hebben, als de onrechtmatiglijk door organen van de Staat gevorderde meubelen [cursivering, *HHR*] zich nog onder de Staat hadden bevonden.’; ‘Ongetwijfeld zou de Staat door de rechter tot teruggave zijn veroordeeld..., tenzij het vasthouden van de meubelen, ondanks de oorspronkelijke onrechtmatigheid van de inbeslagneming [cursivering, *HHR*], intussen op de een of andere manier gerechtvaardigd zou zijn geworden.’

matige daad. Van Oven meent daarom dat de bescherming van de onrechtmatige daad niet volstaat:

Op welke wijze nu moet hun [de bezitters-niet-eigenaars in de legitimatieleer, *HHR*] deze bescherming deelachtig worden? VEEGENS in zijn noot roept art. 1401 te hulp en zo deden reeds anderen voor hem¹⁴¹⁶ en zeker, nu de toepassing van dit wetsartikel zulk een hypertrofie heeft ondergaan, nu wij hierdoor als de rechter 't wil *restitutio in integrum* kunnen verkrijgen en deze reël door een dwangsom afdwingen, nu zal in menig geval een verstandig rechter gaarne van deze reddingsplank gebruik maken. Art. 1401 vervult nu eenmaal algemeen de functie van uiterste redmiddel als ons recht leemten blijkt te vertonen, en door het te gebruiken zoals VEEGENS thans voorstelt, komt men tamelijk dicht bij de werking der praetorische bezitsinterdicten van het Romeinse recht: *unde tu illum vi deieicisti eo illum restituas*.¹⁴¹⁷ Maar kan men hiermee voldaan zijn, ook al verwacht men niet meer dan lapwerk? Damhof zeker niet, want hij ageerde inderdaad uit 1401, maar kreeg te horen: "neen, Ge zijt geen eigenaar, dus Ge krijgt Uw geld niet."¹⁴¹⁸ Hierin steekt immers juist de moeilijkheid – en VEEGENS ziet haar zeer goed – dat deze bezitters niet weten geen eigenaar te zijn en daarom hun aanspraak op eigendom baseren, maar de kous op de kop krijgen daar hun vordering geen grondslag heeft, omdat ze geen eigenaar zijn. Kunnen zij dan niet simpelweg stellen, dat zij bezitter zijn of waren, of ook "eigenaar, althans bezitter"?¹⁴¹⁹ Dit is zeker een mogelijke uitweg, al voorzie ik de tegenwerping: "Ge stelt hier een bezitsactie in voor roerend goed, die art. 611 U uitdrukkelijk onthoudt." En is het ook niet wat te veel gevergd, wat erg onnatuurlijk, dat alle eigenaars van roerend goed voorzichtigheidshalve subsidiair zouden moeten aanvoeren bezitters te zijn, wanneer zij 's rechters bescherming inroepen? Wat zal daarvan in de praktijk onzer procedure terechtkomen?¹⁴²⁰

¹⁴¹⁶ Van Oven 1951 (*NJB*), p. 232, noot 1: O.a. WITTENWAAL in zijn belangrijk opstel R.M. 35, p. 175 e.v., waarin hij mijn opvattingen bestreed. I.h.b. p. 196 e.v.

¹⁴¹⁷ Vgl. over het *interdictum unde vi* o.a. het hierboven mijn noten 304 en 784.

¹⁴¹⁸ In dit verband verdient opmerking dat Drion in zijn opstel het bezit als recht nadrukkelijk achterwege liet. ¹⁴¹⁸ Drion 1967 (*WPNR* # 4941), p. 110: 'Met opzet laat ik hier de mogelijkheid weg, dat de stoornis onrechtmatig zou zijn als een inbreuk op eisers bezitsrecht, want het gaat er immers om, in hoever het nodig is het bezitsrecht als zodanig een eigen bescherming te geven.'

¹⁴¹⁹ Vgl. Ten Kate 1973, p. 262-263 t.a.v. art. 3.5.17 Ontwerp (art. 3:125 BW): 'Het artikel beschermt mitsdien niet alleen hem die slechts bezitter is, doch vergemakkelijkt tevens de positie van de gerechtigde zelf in proces, hetgeen reeds een belangrijk gevolg is. Het legitimeert ook hem die als bezitter heeft geageerd, doch achteraf slechts bezitter blijkt te zijn.'

¹⁴²⁰ Van Oven 1951 (*NJB*), p. 232. Zie ook Lommen 1994, p. 141 e.v.

Ook Ten Kate keert zich tegen de kritiek dat de politionele bescherming van bezit volstaat: in een eveneens uitgebreid opstel bespreekt hij de dogmatische verschillen tussen de politionele en zakelijke bescherming van bezit.¹⁴²¹

Ik acht geslaagd zowel Van Ovens feitelijke als Ten Kates dogmatische weerlegging van de kritiek op de invoering van de zakelijke bezitsbescherming en wil daar de volgende opmerkingen aan toevoegen.

In de eerste plaats dient de tegenstelling: politionele versus zakelijke bezitsbescherming genuanceerd te worden. Dit deed ook Meijers: in zijn Toelichting merkte hij op dat ‘Reeds thans hebben deze twee vorderingen [de vorderingen uit onrechtmatige daad en die uit kort geding, *HHR*] bijna geheel de functie van de vroegere bezitsactie tegen ongeoorloofde eigenrichting overgenomen.’¹⁴²² Deze vaststelling is correct: in veel gevallen kan men inderdaad met de actie uit onrechtmatige daad hetzelfde bewerkstelligen als met de bezitsactie. Maar voor een goed begrip is het van belang het ‘grotere plaatje’ voor ogen te houden.

De uit het Franse recht (art. 2279 Cc.) overgenomen rechtsregel ‘bezit (van roerende goederen) geldt als volkomen titel’ stamt uit het Germaanse *gewere*-recht en is als zodanig onverenigbaar met het Romeinse eigendomsrecht. Van Oven beschrijft de regel beeldend als een ‘on-Romeinse lap, die de Franse wetgever met zijn art. 2279 C.C. op het Romeinse weefsel van het Europese privaatrecht had gehecht’, maar die daarop misstond.¹⁴²³ Ik heb hierboven als mijn mening te kennen gegeven dat men deze regel moet uitleggen als een bezitsbeschermende maatregel: wie roerende zaken bezit mag slechts via rechterlijke weg uit dit bezit gewezen worden.¹⁴²⁴ Het *gewere*-recht zou Damhof dus bescherming hebben geboden tegen een inbreuk op zijn bezit door organen

¹⁴²¹ Ten Kate 1973, p. 261 e.v. Ten aanzien van het kort geding merkt hij terecht op (p. 262) ‘dat men ook bij de president enige bepaling of regel uit het materiële burgerlijke recht te hulp zal moeten kunnen roepen om van de president de verlangde maatregel te verkrijgen. Zonder dat, komt men er niet.’ Voor de bescherming van bezit van roerende zaken is dat dus sinds de inwerkingtreding van het BW art. 3:125.

¹⁴²² Meijers 1954 (Toelichting), p. 239; PG Boek 3, p. 456. Vgl. Van Oven 1905, p. 227: ‘Vele handelingen zijn zowel grond voor de politionele actie, als schennis van het zakelijk bezitrecht. In zulk een geval zal er concursus actionum zijn. De gestoorde zal dan, als hij zeker is storing en toestand te kunnen bewijzen, wijs doen eerst de politionele actie in te stellen.’

¹⁴²³ Van Oven 1951 (*NJB*), p. 228. Met deze beeldspraak verwijst Van Oven ongetwijfeld naar de vraag die bij bespreking van art. 2014 opgeworpen wordt door Opzoomer/Levy (XVI) 1911, p. 319: ‘Een andere, en veel gewichtiger vraag is: hoe komt de germaanse lap op de romeinse deken? Terwijl ons zaken- en verbintenissenrecht, overal, de stempel van Rome draagt, en zonder nauwlettende beoefening der romeinse rechtsbronnen, niet te begrijpen ware, hoe komt het, dat het recht van roerend goed, de spil, waar het ganse verkeersleven om draait, aan Rome’s greep is ontsnapt?’

¹⁴²⁴ Zie hierboven, p. 226 e.v.

van de Staat. Dit recht verschilde van het Romeinse recht omdat het geen onderscheid maakte tussen zakelijke en persoonlijke vorderingen.

Maken we een sprong voorwaarts in de tijd naar de legitimatieleer van Scholten, dan zien we daarin een poging om een systeemverandering te bewerkstelligen en de Germaanse bezitsregel een plaats te geven in het Romeinse eigendomssysteem.¹⁴²⁵ Hij dient nu niet langer om bezit van roerende goederen te beschermen, maar om een mislukte eigendomsoverdracht van dit soort goederen te 'helen'. Het overhevelen van de regel van bezitsbescherming naar de eigendomsregeling veroorzaakte een leemte in de bezitsbescherming van roerende goederen. Politionele bescherming blijkt niet steeds in staat deze leemte op te vullen, zoals het geval *Damhof-De Staat* toont. Het probleem speelt nog meer als men, zoals Meijers deed, bezit gelijkstelt aan verjaringsbezit. Meijers beschouwde verjaringsbezit als een zakelijk recht en dan ligt invoering van zakelijke bescherming ervan voor de hand.¹⁴²⁶ Meijers wisselde immers het Germaansrechtelijke stelsel in voor het Romeinsrechtelijke dat, behalve de bezitsinterdicten, een nog verdergaande bescherming kende voor de verjaringsbezitter. De verjaringsbezitter verkreeg via de *actio Publiciana* een relatief zakelijk recht met werking tegen eenieder, behalve, in principe, tegen de rechtmatige eigenaar.¹⁴²⁷

¹⁴²⁵ Zie ook hierboven de opmerkingen in mijn noot 1297.

¹⁴²⁶ Vgl. Van Oven 1905, p. 14 e.v. die uiteenzet dat de zakelijke functie van bezitsbescherming op een recht stoelt, dat verbonden is aan slechts een deel van de feiten die voor het absolute recht worden geëist, terwijl de politionele functie gegrond is op een delict: de eigenmachtige storing in de feitelijke bezitsorde.

¹⁴²⁷ Van Oven 1951 (*NJB*), p. 226 verduidelijkt het vraagstuk als volgt: Een door eigenaar A krachtens vermeende koop aan B geleverde auto – de overeenkomst kent dus een nietige titel – wordt door koper B uitgeleend aan zijn onvermogende vriend, C. Lener C verduistert de auto en verkoopt hem aan heler D, die aanstonds failliet gaat. Het is duidelijk dat B zich niet eigenaar mag noemen: aan de eigendomsoverdracht staat immers een titelgebrek in de weg. Toch wil hij de auto of de waarde daarvan terugvorderen. Lener C biedt geen mogelijkheid tot verhaal via een persoonlijke vordering uit de leenovereenkomst. Stel nu dat eigenaar A zijn auto niet uit de boedel opvordert, mag de curator van de heler zich dan op het standpunt stellen dat hij de auto niet aan B hoeft af te geven? Het gaat hier om een wezenlijke belangenafweging: mogen de gezamenlijke schuldeisers van de heler van de opbrengst van de auto profiteren of moet de auto op verzoek van B aan hem afgegeven worden? B was per slot van rekening al begonnen te verjaren voordat alles misliep. Waarschijnlijk is het een afweging als deze geweest die Meijers deed besluiten dat met een verbintenissenrechtelijke oplossing alléén niet elke 'onbillijkheid' van het causale systeem werd opgeheven. In een causaal stelsel wordt de bescherming van bezitters pas volledig waterdicht wanneer de wetgever naast algemene verbintenissenrechtelijke bescherming ook bijzondere zakelijke bescherming opneemt voor de restgevallen. Meijers achtte het nodig om deze bescherming in een afzonderlijke bepaling in zijn Ontwerp vast te leggen (art. 3.5.17 Ontwerp). In zijn Toelichting op deze bepaling beroept Meijers zich nadrukkelijk op het proefschrift van Van Oven en de

Drion viel met name over Meijers' opmerking dat aan een zakelijke regeling van bezitsbescherming 'ongetwijfeld behoefte bestond'.¹⁴²⁸ Ik meen dat er sprake is van een misverstand: zowel Drion als Meijers namen als uitgangspunt dat verreweg de meeste bezitsstoornissen opgelost kunnen worden met behulp van een voorlopige voorziening of met de actie uit onrechtmatige daad. Beiden wezen op het zeldzame gebruik van de bezitsacties.¹⁴²⁹ Maar de politionele bescherming volstaat niet steeds: het geval Damhof toont dat die weg soms geen soelaas brengt wanneer een buitenstaander zich tegenover de bezitter mag beroepen op een titelgebrek in diens verkrijging van de roerende zaak. Vooral dit laatste zat Meijers dwars.¹⁴³⁰

Wij hebben thans een stelsel, dat noch Frans noch Duits is en dat aan derden de bevoegdheid geeft om ook ten aanzien van roerend goed zich op een nietige of een vermeende titel van de bezitter te beroepen, zelfs dan wanneer de onmiddellijke belanghebbende – d.i. hij die met de bezitter het nietige of vermeende contract heeft of zou hebben gesloten – niets van zich laat horen.¹⁴³¹

Het komt mij voor dat Drion de Toelichting op een andere wijze heeft opgevat dan dat Meijers voor ogen stond. Meijers schreef inderdaad dat er 'ongetwijfeld behoefte' bestond aan de regeling.¹⁴³² Drion vatte dit op als een kwantitatieve behoefte en hij achtte die behoefte helemaal niet groot. Daarin had hij gelijk. Maar het is ook mogelijk om de Toelichting ook anders te lezen, vooral wanneer men het in verband brengt met Meijers' opstel over het Damhof-arrest. Daaruit blijkt mijns inziens dat de behoefte waarop Meijers doelde niet kwantitatief van aard was, maar kwalitatief: het is de billijkheid.¹⁴³³ Hij introduceerde de zakelijke bezitsbescherming niet in zijn causale systeem vanwege een concrete verkeersvraag, maar om het stelsel in balans te brengen. Meijers achtte

Romeinsrechtelijke *actio Publiciana*. Meijers 1954 (Toelichting), p. 239. Zie ook mijn noot 1497.

¹⁴²⁸ Drion (*WPNR* # 4941), p. 110.

¹⁴²⁹ Vgl. de uitspraken van Drion (*WPNR* # 4941), p. 110: 'Men weet hoezeer de betekenis van de bezitsacties – toch al beperkt tot bezitsbescherming van onroerend goed – in deze eeuw geslonken is door de ontwikkeling van het kort geding, van de mogelijkheid om schadevergoeding in de vorm van herstel te vorderen, en van de ontwikkeling van de – directe en indirecte – reële executie. Het kaartstelsel van de Nederlandse Jurisprudentie vermeldt onder de artt. 606/624 slechts vier beslissingen van de laatste 25 jaar, die betrekkingen hadden op bezitsacties. De voordelen van een bezitsactie boven een op 1401 gebaseerd verbod tot beëindiging van de inbreuk op het bezit zijn dan ook bijna te verwaarlozen.' en die van Meijers in mijn noot 1319.

¹⁴³⁰ Vgl. zijn opmerking aangehaald in mijn noot 1386.

¹⁴³¹ Meijers 1951 (*WPNR* # 4187), p. 180; *VPO* (II) p. 176-177.

¹⁴³² Meijers 1954, p. 239. In dezelfde zin: Beekhuis 1956 (*WPNR* # 4460), p. 395.

¹⁴³³ Vgl. hierboven mijn noot 1411.

haar nodig om het bezitssysteem te vervolmaken, om het sluitend en rechtvaardig te maken.¹⁴³⁴ Ik acht dit een juiste beslissing en meen dat Meijers' opvolgers het voorschrift terecht in stand hebben gelaten.

4.4 Kritiek: 'Geen zakelijke bescherming voor de detentor.'

'Wat wordt het leven eenvoudig wanneer

- a. een ieder die op een zaak zit (als bezitter of als houder) altijd een droit de suite heeft dat slechts moet wijken voor een hoger recht. De dief moet wijken voor de eigenaar, de bruiklener voor de bruikleengever. Maar dief en bruiklener kunnen, als zij bijvoorbeeld bestolen worden, ageren als waren zij eigenaar.
- b. Eigenaar, bezitter, houder het recht hebben om zich tegen inbreuk en eigenrichting, kortom tegen changementen in de status quo te wapenen.

De bezitsbescherming als berucht vraagstuk heeft hiermede afgedaan.¹⁴³⁵

H.C.F. Schoordijk

Het is met name Middelberg geweest die zijn pijlen richtte op het ontbreken van zakelijke bescherming van de houder in het Ontwerp. In zijn in 1953 te Pretoria verschenen proefschrift *Bescherming van het houderschap* betoogt hij dat houderschap een zakenrechtelijke verhouding is en dat een wetgever deze verhouding daarom zakenrechtelijk dient te beschermen.¹⁴³⁶ Volgens Middelberg mankeert het hier echter vaak aan. Dit komt omdat de wetgevers als uitgangs-

¹⁴³⁴ Vgl. Schut 1972 (WPNR # 5176), p. 254: 'Bezitsactie en verjaring zijn toevoegingen die materieel gezien weinig te betekenen hebben, maar die uit het oogpunt van de systematiek van het zakenrecht het grote voordeel hebben dat ze het verbroken evenwicht in de behandeling van roerend en onroerend goed herstellen; vgl. J.C. van Oven, N.J.B. 1951, blz. 225 en 285. Dit is dunkt mij al een voldoende reden om de bezitsactie ook bij roerend goed toe te laten.' Hij vervolgt echter: 'Nog beter zou het zijn indien de bezitsactie over de gehele linie kon worden afgeschaft. Ze wordt in de praktijk nog maar zelden ingesteld omdat de vordering uit onrechtmatige daad en het kort geding voldoende mogelijkheden tot bezitsbescherming bieden. Eigenlijk past de bezitsactie niet meer in een modern wetboek.'

¹⁴³⁵ Schoordijk 1991, p. 461.

¹⁴³⁶ Middelberg 1953, p. 3 e.v. Het verdient opmerking dat Middelberg in Pretoria promoveerde en dat het rechtssysteem van Zuid-Afrika van het onze verschilt omdat het géén gesloten stelsel van zakelijke rechten kent. Zie: Smits 1996, p. 58 e.v. (lit. opg. in noot 92). Middelbergs proefschrift is niet in de handel verschenen, de auteur heeft het zelf samengevat in het artikel 'Houderschap en bezit in het Ontwerp Kemper' in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, deel XXIV*, Groningen: J.B. Wolters 1956. Het proefschrift is besproken door Kamphuisen in *Themis* 1955, p. 114 t/m 117 en door Van Oven in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, deel XXIV*, p. 233 t/m 240. Zie ook van Oven 1958 (WPNR # 4539), p. 242-243.

punt voor hun bescherming nemen de gedachte dat er slechts één bezitter kan zijn. Anders gezegd: omdat *compossessio plurium in solidum* onmogelijk is.¹⁴³⁷

Wij moesten tot onze spijt constateren, dat, hoewel dergelijke bescherming bij “geweld en heimgelijkenheden” overal volkomen in orde werd bevonden, de bescherming bij ander bezitsverlies of bij storing veel te wensen overliet, en dikwijls via persoonlijke acties moest worden verkregen. Dit is niet juist, en bijna altijd het gevolg van het noodlottige Romeinsrechtelijke principe, dat er slechts één beschermde “bezitter” van één zaak kan zijn, gecombineerd met de noodlottige verwarring van verjaringsbezit met beschermd bezit. Slechts bij Kemper vonden wij – dank zij zijn “bezitsopvatting” – een uitwerking van deze materie, die, wat de zakenrechtelijke bescherming betreft, aan alle eisen voldoet. Dat hij nog vasthoudt aan de verschillende acties voor storing respectievelijk verlies, is historisch begrijpelijk, doch onzes inziens overbodig, al is er op zichzelf niets tegen. Moge zijn voorbeeld alom navolging vinden.¹⁴³⁸

Middelberg besluit zijn proefschrift met een slotzin waarin hij gewag maakt van zijn grote nieuwsgierigheid naar de regeling van de houderschaps-bezitsmaterie in het OM. Toen hij na de publicatie van het Ontwerp vaststelde dat Meijers niet de door hem voorgestelde koers heeft gevolgd, publiceerde hij een artikel waarin hij voorbouwt op de zienswijze die hij in zijn proefschrift uiteenzette.¹⁴³⁹ Middelberg ageert daarin tegen het ontbreken van zakelijke bescherming van houders: hij verkiest de regeling van Kemper, die zou de bescherming van de houder beter hebben uitgewerkt dan Meijers. Het verdient echter opmerking dat Middelberg zelf erkent dat de door hem zo bewonderde regeling van Kemper¹⁴⁴⁰ onverenigbaar is met het uitgangspunt van het Ontwerp.¹⁴⁴¹

Mijns inziens kan dit bezwaar in geen systeem overbrugd worden, waar men voor de zakenrechtelijke bescherming van bezitsverhoudingen uitgaat van het bezit als verjaringsbezit.¹⁴⁴²

Ook Schoordijk mist zakelijke bescherming van de houder in het Ontwerp.

¹⁴³⁷ Vgl. Van Oven 1905, p. 68-69. Zie ook Schoordijk 1991, p. 448.

¹⁴³⁸ Middelberg 1953, p. 191-192.

¹⁴³⁹ Middelberg 1956 (*WPNR* # 4435), p. 99.

¹⁴⁴⁰ Zie m.n. het voorwoord van zijn proefschrift ter illustratie met hoeveel verve hij zijn bewondering voor deze jurist en zijn werk uit: Middelberg, 1953, p. III.

¹⁴⁴¹ In zijn proefschrift stelde Middelberg o.a. het volgende conceptartikel voor: ‘4. Ieder, die een storing of onregelmatig verlies van zijn houderschap bewijst, moet, op aanvraag, vóór alles door de rechter of andere bevoegde autoriteit in de onverstoorde houderschapsverhouding worden hersteld. (...)’ Middelberg 1953, p. 195-196.

¹⁴⁴² Middelberg 1956, (*WPNR* # 4435), p. 99.

Een houder moet een zakelijke actie hebben. Eigenlijk spreekt dit voor zich. Een bruiklenner moge een persoonlijk recht hebben, het persoonlijk recht van de bruikleenner te eisen dat hem het genot gegund wordt, ieder persoonlijk recht heeft eigendommelijke trekken.¹⁴⁴³ Naast bescherming van zijn recht dient een houder ook een zakelijke ‘bezitsbescherming’ (wij zouden ook kunnen zeggen een ‘houdersbezitsbescherming’) te hebben.¹⁴⁴⁴

Het valt op dat noch Middelberg, noch Schoordijk ingaat op Meijers’ argumenten om houders zoals de bruiklenner en huurder géén zakelijke bescherming te verlenen. In 1948 zette Meijers die argumenten uiteen in zijn boek *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*. Hij noemt het boek een bloemlezing van beschouwingen die hij al meer dan twintig jaar in verschillende cursussen heeft uiteengezet.¹⁴⁴⁵ Het doel was steeds om de algemene begrippen van het burgerlijk recht dogmatisch te bepalen om zo te komen tot een algemene rechtsleer.¹⁴⁴⁶ Het volgende citaat toont dat Meijers terdege beseft dat men de positie van bruikleners en huurders tegen inbreuken van derden versterkt wanneer men ook hen zakelijke bescherming zou bieden. Hij acht echter het prijskaartje van die bescherming te hoog: zij kan volgens hem alleen bereikt worden door een verwaarlozing van historisch gevormde indelingen van de algemene rechtsleer.¹⁴⁴⁷

¹⁴⁴³ Blijkens zijn noot 41 verwijst hij hier naar: Eggens, Over de verhouding van eigendom en verbintenis, *Mededelingen Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen*, Amsterdam 1960 (Nieuwe reeks, dl. 23, no. 7). Overigens spreekt Eggens zich hierin niet uit voor een zakenrechtelijke actie van de houder, sterker nog: als ik hem (p. 14-15) goed begrijp, wil hij enkel erkend zien dat niet alleen absolute, maar ook *relatieve* rechten negatieve betrekkingen tot derden kunnen opleggen, m.a.w. derden kunnen verplichten zich te onthouden van het maken van inbreuk op de verbintenisrechtelijke verhoudingen en wenst hij niet te tornen aan het *wezenlijke* (cursivering Eggens) onderscheid in absolute en relatieve rechten. Eggens wil de aandacht vestigen op het gegeven dat deze begrippen elk een ‘secundaire zijde’ (p. 20) kennen, maar juist deze woordkeuze toont zijn acceptatie van het primaire verschil tussen de absolute en relatieve rechten. Hierin verschilt hij niet van Meijers. Diens ‘normaaltypenclassificatie’ (zie hoofdstuk hiernonder) biedt eveneens ruimte voor nuanceringsen, terwijl Meijers evenmin tornt aan de indeling ‘absoluut’ en ‘relatief’.

¹⁴⁴⁴ Schoordijk 1991, p. 460.

¹⁴⁴⁵ Meijers 1948, p. VIII. Florijn 1996, p. 109 merkt over dit werk op dat hiermee ‘als het ware het patroon van het nieuwe B.W. werd blootgelegd.’

¹⁴⁴⁶ In de Inleiding merkt Meijers op dat hij al ruim veertig jaar eerder (in zijn proefschrift *Dogmatische rechtswetenschap*, 1903) zich op constructieve wijze bezighield met het bepalen van de algemene begrippen van de rechtswetenschap. Meijers 1948, p. VII.

¹⁴⁴⁷ Meijers hecht sterk aan traditie: ‘(e)en Burgerlijk Wetboek is niet een geschikt terrein voor juridische experimenten. De voorschriften van burgerlijk recht bevatten de bezonken wijsheid van vele eeuwen.’ Meijers 1954 (Toelichting), p. 7. Zie ook: Meijers 1912 (*WPNR* # 2243), p. 609: ‘En terecht kan alsdan de vraag gesteld en ontkennend beantwoord worden, of het zoeken naar een theoretisch verschil tussen de zakelijke en

Indien men de historisch gevormde categorieën in de algemene rechtsleer geheel zou willen veronachtzamen, dan zou het aanbeveling verdienen telkens wanneer het recht aan iemand het genot van een zaak toekent, een zakelijk recht aan te nemen, onverschillig of dit nu uit een recht van bruikleen (*commodatum*), van huur (*locatio, conductio*) of uit een recht van gebruik (*usus en habitatio*) of van erfpacht of opstal (*emphyteusis en superficies*) voortkomt. Eveneens zou dan het door de eigenaar aan zijn nabuur toegestane recht van weg een zakelijk recht zijn, onverschillig of de titel al dan niet in de openbare registers is overgeschreven. Het al of niet kunnen inroepen van het recht tegen derden zou een omstandigheid zijn, die niet voor het karakter, zakelijk of persoonlijk, van het recht van belang zou zijn, maar alleen voor de uitgestrektheid van de rechtsmiddelen tot handhaving van het recht.¹⁴⁴⁸

Volgens Meijers is het mogelijk om een begripsmatig onderscheid aan te brengen tussen het zakelijke en het persoonlijke recht op basis van het *doel van het recht*.¹⁴⁴⁹ Hij wenst het doel van een zakelijk recht echter niet vast te stellen aan de hand een concreet recht, zoals het recht van eigendom, maar aan de hand van een abstract 'normaaltipe'. In zijn Inleiding licht hij deze wijze van ordenen als volgt toe:

Ten slotte kan men classificeren met behulp van normale typen. Een te ordenen stof kan zo vol schakeringen en overgangsvormen zijn, dat het streng volhouden van de eis, dat ieder tot een groep gebracht bijzonder geval alle kenmerken van de groep in zich verenigen moet, praktisch niet vol te houden is; het zou tot zovele groepen en groepjes leiden, dat van een samenvatting en een overzichtelijkheid van de stof niet gesproken kan worden. Men geeft dientengevolge de strenge eis prijs en voegt verschijnselen bijeen, die wellicht alle te zamen geen enkele eigenschap gemeen hebben, maar die hierom onder één groep met één benaming verenigd worden, omdat zij allen zeer weinig verschillen van een voor de ganse rubriek opgesteld normaal type. Wanneer men 100 exemplaren heeft, waarvan een ieder 99 eigenschappen heeft, die men ook bij de andere exemplaren vindt, maar ieder telkens één eigenschap mist, die men bij alle 99 overige exemplaren aantreft, dan verkrijgt men ongetwijfeld het duidelijkste overzicht van het geheel door deze 100 gevallen onder één rubriek te brengen, waarvan men als normaal type aangeeft de combinatie der 100 eigenschappen en ieder der 100 gevallen aldus karakteriseert: dit is een (volgt de soortnaam), waarbij deze eigenschap (volgt de eigenschap), die het normale type eigen is, ontbreekt. Hoewel aldus deze 100 gevallen onder één algemeen begrip

persoonlijke rechtsvorderingen tot een resultaat mag voeren, waardoor ingrijpende veranderingen gebracht worden in hetgeen traditie en geschiedenis ons eenmaal als zakelijke rechtsvorderingen hebben doen leren kennen.'

¹⁴⁴⁸ Meijers 1948, p. 276-277.

¹⁴⁴⁹ Meijers 1948, p. 269.

worden ondergebracht, ontbreekt een eigenschap die al deze gevallen gemeen hebben.¹⁴⁵⁰

Meijers meent dat het doel van een zakelijk recht bestaat uit *het verschaffen van de heerschappij over de zaak aan de gerechtigde*.¹⁴⁵¹ Het zakelijk recht vormt in normale gevallen een geheel dat is opgebouwd uit een *negental* eigenschappen. Een voorbeeld van zo'n eigenschap is de historisch bepaalde regel dat als twee zakelijke rechten niet naast elkaar kunnen bestaan, het oudere recht voorrang heeft boven het jongere.¹⁴⁵² Meijers meent het zakelijke recht begripsmatig niet beter te kunnen weergeven dan met behulp van deze samenstellende eigenschappen.

De hierboven genoemde [negen, *HHR*] eigenschappen van het zakelijke recht worden niet steeds in volledige getale aangetroffen in de door de wet als zakelijke rechten aangeduide rechtsbetrekkingen. Ja het is zelfs een onmogelijkheid om enkele of zelfs maar één van deze eigenschappen te noemen, die altijd bij ieder zakelijk recht en alleen bij deze aanwezig is. Het is dientengevolge zeer de vraag of men in een algemene rechtsleer veel verder kan komen dan het schetsen van het normale type van het zakelijke recht en van de verbintenis.¹⁴⁵³

Meijers verzet zich fel tegen een één- of tweedimensionale focus op afzonderlijke kenmerken, zoals de mogelijkheid van reële executie of de verplichting van ieder om geen inbreuk op het recht te maken.

Het zijn vooral twee kenmerken, die men herhaaldelijk tot het noodzakelijke kenmerk van het zakelijk recht heeft willen verheffen: de mogelijkheid van een reële executie en de verplichting voor een ieder tot eerbiediging van het recht.¹⁴⁵⁴

We zagen dat Middelburg en Schoordijk juist de werking tegen eenieder beschouwden als hét centrale element van het karakter van een zakelijk recht en zij wilden dat houders hieraan deelachtig werden. Meijers relativeert dit idee: het onderscheid tussen het zakelijke en persoonlijke recht ligt volgens hem niet langer meer in de werking tegen ieder.

Met nog meer klem is het andere kenmerk – de absoluutheid van het recht – als een *conditio sine qua non* van het zakelijk recht voorgesteld. Dit recht zou te definiëren

¹⁴⁵⁰ Meijers 1948, p. 30-31.

¹⁴⁵¹ Meijers 1948, p. 269.

¹⁴⁵² Meijers 1948, p. 270. Deze regel staat wel bekend als: *prior tempore, potior iure*.

¹⁴⁵³ Meijers 1948, p. 270. Vgl. zijn artikel 'Zakelijke rechtsoverdrachten en rechtsoverdrachten uit onrechtmatige daad' in het *WPNR* 1912 (# 2240 t/m 2243); *VPO* (II), p. 55 e.v.

¹⁴⁵⁴ Meijers 1948, p. 271.

zijn als het absolute recht op een zaak, het vorderingsrecht als relatieve recht, dat een bepaalde persoon tot een prestatie verplicht.¹⁴⁵⁵ ‘(...) in het tegenwoordige recht staan tussen het absolute recht op een zaak en de zuiver relatieve vordering allerlei gradaties, die, *zo men de andere eigenschappen verwaarloost*, [cursivering, *HHR*] met even veel of met even weinig recht tot de ene als tot de andere groep gebracht kunnen worden.¹⁴⁵⁶

Volgens Meijers begon reeds ten tijde van de glossatoren (rond 1100 – 1250 na Chr) een trend waarin de scherpe tegenstelling tussen het absolute, toen nog geheel zakelijke, recht en het relatieve persoonlijke recht in kracht verminderde.¹⁴⁵⁷ In het huidige recht is dit niet anders: de absolute werking van zakelijke rechten is aangetast omdat wetgevers verkrijgers te goeder trouw vaak bescherming verlenen tegen aanspraken van absoluut zakelijk gerechtigden. Deze bescherming wordt vaak het verst doorgevoerd bij roerende zaken. Bij onroerende zaken tasten wetgevers de absoluutheid van zakelijke werking vaak aan door registers aan te leggen, gecombineerd met bepalingen die weliswaar de zakelijke werking van tussen *handelende* personen uitgevoerde rechtshandelingen erkennen, maar aan dezelfde handelingen werking tegen *derden* onzeggen zolang ze nog niet in de registers zijn gepubliceerd. Tegenover deze vermindering van de absolute werking van het zakelijke recht staat een vergroting van de werkingssfeer van het persoonlijk recht. Zo geldt de aloude regel *emptio tollit locatum*, d.w.z. ‘vervreemding breekt huur’ niet langer voor de huurder van onroerend goed en de pachter. Deze partijen kunnen hun vorderingsrecht niet alleen inzetten tegen hun contractspartner, maar ook tegen diens opvolger onder bijzondere titel.

De wetgever kan volgens Meijers uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Nederlandse Pachtwet de les trekken dat hij niet als eenzijdig uitgangspunt voor het zakelijk recht de bescherming van de gerechtigde moet nemen.

Bij de totstandkoming van de Nederlandse Pachtwet heeft men aanvankelijk geoordeeld, dat het pachtrecht wegens de bescherming, die de pachter tegen opvolgende eigenaars en tegen derden ten deel valt, in het vervolg als een zakelijk recht moest betiteld worden. Men is daarvan teruggekomen, omdat dit met teveel en te ingrijpende wijzigingen in andere wetsbepalingen moest gepaard gaan. Niet alleen immers zouden b.v. de voorschriften betreffende bezit wijzigingen behoeven (...) en zou bij een opeenvolgende verpachting van hetzelfde goed aan onderscheiden personen de oudste verpachting vóórgaan, ook al zou de latere pachter te goeder

¹⁴⁵⁵ Meijers 1948, p. 271.

¹⁴⁵⁶ Meijers 1948, p. 271.

¹⁴⁵⁷ Zie voor dit en het volgende: Meijers 1948, p. 271 e.v. Hierboven verklaarde ik de vermindering van de tegenstelling tussen het zakelijke en het persoonlijke recht sinds de glossatoren vanuit de invloed van het inheemse recht. Zie o.a. mijn noten 412 en 487.

trouw het goed in bezit genomen hebben, maar bovendien zou men de zakelijke acties van de pachter van diens persoonlijke acties jegens de eigenaar moeten onderscheiden; de vraag zou dan rijzen of bij inbreuk door de eigenaar op het zakelijk recht van pacht en bij het overschrijden van de pachter van de bevoegdheden van zijn zakelijk recht een ontbinding van pachtovereenkomst kon verkregen worden, alsmede of men bij het instellen van een zakelijke actie door de pachter nog van een geschil betreffende een pachtovereenkomst spreken kon en niet veel-
eer, evenals bij het erfpachtsrecht, het contract met de vestiging van het zakelijk recht als beëindigd moest beschouwen. Het onpersoonlijke zakelijke recht kan verder, ook zonder het aanwezig zijn van een overeenkomst, te goeder trouw door verjaring verkregen worden, het persoonlijke aan zijn causa gebonden recht niet.¹⁴⁵⁸

Meijers komt tot de slotsom dat een rechtsleer die zich met betrekking tot het zakelijke recht eenzijdig oriënteert op de vraag tegen wie men zijn recht kan handhaven niet voldoet. Steeds moet men voor ogen houden dat zakelijke rechten meer elementen kennen: men moet niet uitgaan van een concreet recht, maar van het normaaltype.¹⁴⁵⁹

Zo bleek in het bestaande rechtstelsel het begrip, zakelijk recht, niet enkel voor de vraag, tegen wie men zijn recht handhaven kan, betekenis te hebben, maar ook voor vele andere vragen, die regelmatig met de onderscheiding zakelijk en persoonlijk, samenhangen. Zolang in vele der bestaande rechtstelsels het verschil tussen de beide rubrieken van rechten zo groot is, zolang dient men ook in een algemene rechtsleer, die met de inhoud dier rechtstelsels rekening houdt, hetzelfde onderscheid te maken, al zal dan ook wegens de vele tussenvormen bij ieder der beide rubrieken slechts een normaal type als kenschetsing der groep geplaatst kunnen worden.¹⁴⁶⁰

Meijers' ontijdige dood verhinderde dat hij in debat trad over de kritiek met betrekking tot zijn uitwerking van het houderschap in het Ontwerp. Van Oven nam deze taak over toen Middelberg de bezitstitel onder vuur nam vanwege een gebrek aan zakelijke bescherming van de houder. Wie Van Ovens repliek leest, merkt op dat hij Meijers' zienswijze bijna volledig tot de zijne heeft gemaakt.¹⁴⁶¹ Van Oven stelt voorop dat een concrete keten uit héél veel houders

¹⁴⁵⁸ Meijers 1948, p. 277-278.

¹⁴⁵⁹ De Jong trekt dan ook de conclusie dat in Meijers' normaaltypenleer, waar de strikte grens tussen zakelijk en persoonlijk recht wordt doorbroken, er geen aanleiding bestaat om pleidooien te volgen van schrijvers die het recht van de huurder als een zakelijk recht erkend willen zien. De Jong 2006, p. 56, noot 107.

¹⁴⁶⁰ Meijers 1948, p. 278.

¹⁴⁶¹ Dat hij uitstekend op de hoogte was van Meijers' visie staat buiten twijfel, het blijkt uit de dankzegging in het voorwoord van *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*: 'Tenslotte wil ik nog mijn hartelijke dank betuigen aan mijn collega Van Oven, die zich

kan bestaan. Het toekennen van een zakelijke actie aan iedere afzonderlijke schakel kan volgens van Oven verwarrend werken. Bovendien acht hij zo'n toewijzing onnodig: de vorderingen uit onrechtmatige daad en kort geding zouden de belangen van deze houders reeds voldoende waarborgen.

Moet men nu inderdaad aan al die houders bescherming jegens willekeurige derden verlenen, of is de actie van art. 3.5.17, lid 3, dus de onrechtmatige-daad-actie en het kort-geding dat *restitutio in integrum* mogelijk maakt, voldoende? Voor de beantwoording van de vraag in laatstgenoemde zin pleit de overweging, dat het verwarrend zou werken, aan al die houders zakelijke bescherming te verlenen, naast de herboren Publiciana, die alleen maar aan de bezitter toekomt. Ook schijnt de onrechtmatige-daad-actie en kort-geding vordering tegen wie de feitelijke toestand verstoord heeft en de latere bezitters te kwader trouw (de *spolium scientes*) wel een voldoende krachtig middel om de *status quo*, de gevestigde verhoudingen, te beschermen.¹⁴⁶²

Anders dan Van Oven wil Middelberg wèl *alle* houders in de keten beschermen. Hij geeft het voorbeeld van een zaak die in erfpacht is gegeven en vervolgens door de erfpachter wordt verhuurd, waarna de huurder de zaak aan een vierde ter leen wordt afgestaan.¹⁴⁶³ Wordt nu de zaak aan de bruiklener ontnomen, dan moet niet alleen *hij* beschikken over een actie om de storing op te heffen, maar moeten ook de overige schakels in staat gesteld worden om deze rechtsvordering in te stellen.

Allen, die een maatschappelijke machtsverhouding tot één zaak hebben, alle houders van één zaak, moeten zakenrechtelijk beschermd worden. Wordt bv. in het bovengegeven voorbeeld de zaak aan de bruiklener ontnomen, dan moeten niet alleen deze, maar ook de erfpachter-verhuurder en degeen, die de zaak in erfpacht gaf herstel van de verstoorde toestand kunnen vragen en verkrijgen.¹⁴⁶⁴

Middelberg hanteert een zeer ruime omschrijving van houderschap: hij acht hiervoor zelfs een rechtsverhouding niet strict noodzakelijk.¹⁴⁶⁵ Volgens hem

de moeite heeft getroost de drukproeven door te lezen daarbij menige nuttige opmerking gemaakt heeft.' Meijers 1948, p. IX.

¹⁴⁶² Van Oven 1958 (*WPNR* # 4539), p. 242.

¹⁴⁶³ Middelberg 1953, p. 192.

¹⁴⁶⁴ Middelberg 1953, p. 193. Kamphuisen gebruikt dit voorbeeld in zijn recensie om zijn, m.i. gegronde, twijfels te uiten over de vraag of Middelbergs gedachten de grondslag kunnen vormen van een bevredigende regeling van het houderschap. Kamphuisen 1955, p. 116-117.

¹⁴⁶⁵ Middelberg 1953, p. 194. Middelberg acht zichzelf houder wanneer hij een privé-park binnendringt en op een bank plaatsneemt. Houderschap is voor Middelberg een *economisch* gegeven, vgl. Middelberg 1956, p. 186. Bezit beschouwt hij als een gekwa-

kan men al van houderschap spreken wanneer er sprake is van een ‘directe of indirecte feitelijke machtsverhouding’, hoewel hij de voorkeur geeft aan de term *maatschappelijke machtsverhouding*.¹⁴⁶⁶

Om verwarring te voorkomen lijkt het ons het beste alle maatschappelijke machtsverhoudingen van personen tot zaken kortweg met houderschap te betitelen. Wij zijn ons bewust, dat wij zo revolutionair zijn en aan het woord “houderschap” een veel ruimere betekenis geven, dan het tot nu toe had. Het zou misschien juister zijn dit niet te doen: het kan altijd een begripsverwarring in de hand werken. Maar: het is – hoewel juister – onpraktisch om steeds het lange “maatschappelijke machtsverhouding” te gebruiken; en bovendien: de personen, die het betreft, zou men dan “maatschappelijke machts(ver)houders” of – zoals wij noodgedwongen reeds deden – “maatschappelijke machthebbers” moeten noemen, een uitdrukking die niet alleen onpraktisch, maar ook nog lelijk is.¹⁴⁶⁷

Middelberg gaat vèr in zijn pleidooi voor zakenrechtelijke bescherming van de houder: zelfs in gevallen waarin deze de regeling misbruikt moet het recht hem in zijn machtsverhouding herstellen. *Iedere* storing moet worden hersteld, hoewel misbruik in een volgende procedure aanleiding kan zijn om de houder extra straf op te leggen.¹⁴⁶⁸ Van dit toevoegen van straf dient een afschrikkende werking uit te gaan: de bestraffende sanctie toont de grenzen van de bevoegdheid van de houder en ontmoedigt het misbruik ervan.

Principieel moet iedere houder zeker zijn van een zakenrechtelijke bescherming. Het zal echter praktisch niet altijd doenlijk zijn om deze volledig tot zijn recht te laten komen. Wanneer ik bv. in een privé-park onbevoegd binnenga en op een bank ga zitten, word ik houder. De rechthebbende van het park en de bank kan mijn houderschap op volkomen “heuse” wijze verstoren: hij kan bv. op een dusdanige wijze saxofoon gaan oefenen vlak daarnaast, dat ik wel weg moet gaan. Principieel moet ik nu herstel van de ongestoorde toestand kunnen vragen, en verkrijgen. Mijn houderschap was echter ongeoorloofd, en wanneer de rechthebbende van het park

lificeerd houderschap dat de houder de mogelijkheid geeft om door verjaring eigenaar te worden. Middelberg 1953, p. 187; 1956 (*WPNR* # 4435), p. 99, noot 112.

¹⁴⁶⁶ Middelberg 1953, p. 184-185: ‘Om hen [feitelijke machtsverhoudingen, *HHR*] te beschrijven hebben we geen ‘animus’, ‘causa’, geen bijzondere rechtsverhouding of dergelijke nodig. Wel moeten we het “feitelijke” ter wille van het maatschappelijk verkeer ruim opvatten: het is niet altijd een directe feitelijke machtsverhouding, maar veelal ook een indirecte. Beter lijkt ons de door Scholten gebruikte uitdrukking: “maatschappelijke machtsverhouding”.

¹⁴⁶⁷ Middelberg 1953, p. 185-186. Van Oven merkt in zijn recensie op dat deze definitie niet zo’n revolutionair karakter heeft als Middelberg meent, ook het OM zou dit doen. Van Oven 1956, p. 239.

¹⁴⁶⁸ Vgl. het hierboven op p. 97 opgenomen fragment *Ssp. II*, 24, § 1 en de opmerkingen over de *Defensivwirkung* van de *gewere*.

mij nu in rechte gaat aanspreken wegens mijn onbevoegde aanwezigheid, en men doet er dan een extra straf bij, wanneer ik zo brutaal ben geweest om mijn houderschap te herstellen – misbruik van recht! –, dan zal ik mij er in de praktijk wel voor hoeden van dit recht gebruik te maken. Dit principe van extra straf moet toepasselijk zijn in alle gevallen, waar een malafide houder misbruik van recht maakt door herstel van zijn houderschap te zoeken van de rechthebbende.¹⁴⁶⁹

Middelberg acht het enkel beschermen van houderschap met de persoonlijke actie uit onrechtmatige daad ontoereikend.

Hoe dit alles zij, het is en blijft nu eenmaal zo, dat in het systeem van het B.W. de houders als zodanig zakenrechtelijk geen bescherming hebben (...). In de praktijk heeft men bovendien een andere weg gevonden om in de wettelijke leemte enigermate te kunnen voorzien: houders kunnen tegen inbreuk op hun machtsverhouding tot de zaak ageren uit art. 1401 B.W. Deze actie is echter een *persoonlijke*, geen zakelijke actie: zij slaagt alleen tegen diegene, die door een ongeoorloofde daad schuldig is aan schade. Weliswaar heeft men in de praktijk langzamerhand een ruime interpretatie van de begrippen onrechtmatige daad en veroorzaakte schade ontwikkeld, en via art. 1401 B.W. is er op deze manier nog veel te bereiken. Toch blijven er voor de houders nog enige nadelen over: Het bewijs van schade is voor een houder veel minder makkelijk dan bv. voor de bezitter of de eigenaar. En niet alleen dit: Is hij door de ongeoorloofde daad de zaak kwijtgeraakt, dan is hij er in het geheel niet zeker van, dat hij haar terugkrijgt; de rechter *kan* teruggave bevelen, hij behoeft dat echter niet te doen. Bij de zakenrechtelijke bezitsacties *moet* hij restitutie gelasten, evenals dit het geval is in eigendomsacties.¹⁴⁷⁰

Hij wijst erop dat de houder in het Ontwerp weliswaar politionele bescherming geniet, maar stelt dat die ten opzichte van zakelijke bescherming onvolkomen werkt.¹⁴⁷¹

Van Oven reageerde onder andere op deze kritiek in zijn artikel *Bezit en bezitsbescherming in het ontwerp Burgerlijk Wetboek*. Hierboven zagen we al dat hij meent dat de onrechtmatige daad en het kort geding afdoende instrumenten zijn om de houder te beschermen.¹⁴⁷² Middelbergs kritiek laat hij niet al te zwaar wegen.¹⁴⁷³ Over de zwaarte van de bewijslast kan men volgens Van Oven geen algemene uitspraak doen: die hangt af van de specifieke casus. Een verplichting tot restitutie aan een houder acht hij niet noodzakelijk, vooral niet omdat dit dan tot gevolg zal hebben dat iedere houder, hoe kort hij ook

¹⁴⁶⁹ Middelberg 1953, p. 194.

¹⁴⁷⁰ Middelberg 1956, (WPNR # 4435), p. 99.

¹⁴⁷¹ Middelberg 1956, (WPNR # 4435), p. 98.

¹⁴⁷² Vgl. het citaat bij noot 1462.

¹⁴⁷³ Van Oven 1958, (WPNR # 4539), p. 243.

gehouden heeft, de rechter hiertoe kan dwingen. Van Oven geeft er de voorkeur aan om de rechter de vrijheid te geven om naar aanleiding van het concrete geval te beslissen of hij al of niet restitutie wenst te bevelen.

Vooreerst, – zo meent hij [Middelberg, *HHR*] – is voor een houder het bewijs van de schade veel minder gemakkelijk dan bv. voor een bezitter of eigenaar. Ja, waarom eigenlijk? Dit hangt van de omstandigheden af. Bovendien is hier de vergoeding in geld niet het belangrijkste, is de veroordeling tot restitutie, eventueel af te dwingen door dwangsom van meer gewicht, en als Middelberg betoogt dat de houder daarop niet rekenen mag, omdat zij afhangt van 's rechters vrije oordeel, dan kan ik hierin geen bezwaar tegen Meijers' oplossing zien. Want dat de eiser in zulk een proces vroeger ereis houder geweest is, hoe kort ook (...), schijnt mij geen voldoende grond om hem een aanspraak op restitutie te verlenen; met Meijers verkies ik 's rechters vrijheid om naar omstandigheden te beslissen.¹⁴⁷⁴

Middelbergs derde en laatste punt van kritiek was dat de onrechtmatige daads-actie een persoonlijke actie is waarbij de houder alleen diegene kan aanspreken die door een ongeoorloofde daad schuldig is aan schade. Geheel in lijn met Meijers relateert Van Oven het door Middelberg gesignaleerde verschil tussen de persoonlijke actie en de zakelijke. Hij wijst er op dat óók zakelijk gerechtigden door derdenbeschermende bepalingen beperkt worden in hun mogelijkheid om verhaal te zoeken. Hierdoor verschillen de *uitkomsten* van de acties niet van elkaar: beide acties zijn met succes in te stellen tegen individuen te kwader trouw, maar allebei lopen ze stuk wanneer de derde te goeder trouw was.

Ook overschatte men toch vooral de afstand tussen de zakelijke actie van lid 1 en 2 van art. 3.5.17 [het huidige 3:125 BW, *HHR*] en de persoonlijke actie van het derde lid niet te zeer: beide werken tegen bezitters of houders te kwader trouw, geen van beide tegen hen die te goeder trouw verkregen en houden. De beide functies van de bezitsbescherming leiden hier tot resultaten, die zeer dicht bij elkander liggen, maar toch niet samenvallen.¹⁴⁷⁵

Ik meen dat Van Oven hier de discussie in het voordeel van het Ontwerp beslecht. Vooral het argument dat de houder met de in het Ontwerp geboden maatregelen resultaten bereiken kan die vrijwel overeenkomen met die van de zakelijke actie lijkt me moeilijk te weerleggen.

Voor wie in de laatste vaststelling juist aanleiding ziet om de houder dan toch maar zakenrechtelijke bescherming te verlenen, roep ik in herinnering dat Van Oven ook meende dat een keten van houders met zakelijke rechten een

¹⁴⁷⁴ Van Oven 1958, (*WPNR* # 4539), p. 243.

¹⁴⁷⁵ Van Oven 1958, (*WPNR* # 4539), p. 243.

rechtsgang wel eens heel ondoorzichtig kon maken. In de praktijk zou het inroepen van de bescherming daardoor tijdrovende en dure processen ten gevolge kunnen hebben. Ik meen verder dat men niet zonder meer voorbij mag gaan aan Meijers' standpunt dat hij illustreerde met een beroep op de totstandkoming van de Pachtwet: voordat de wetgever inbreuk maakt op de historisch gevormde indelingen door een persoonlijk recht om te vormen in een zakelijk recht dient hij een weloverwogen afweging te maken. Daarbij mag de enkele wens tot het verlenen van zakelijke bescherming aan de gerechtigde niet doorslaggevend zijn. Tenslotte kan men zich afvragen of een houder nu niet juist méér belang heeft bij een persoonlijke vordering dan bij een zakelijke. Van Oven benadrukte in zijn proefschrift al dat óók bezitters bij storingen in het algemeen het beste de politionele bescherming kunnen inroepen: die procedure is vaak doelmatiger en sneller omdat zij de stoorder niet toestaat om zich te verweren met een beroep op een beter recht.

De procedure moet n.l. in de politionele functie zo ingericht zijn, dat de gestoorde bezitter onmiddellijk na het bewijs van zijn bezit en van de daad van de gedaagde, in de toestand hersteld worde. Alle navraag naar recht tot bezit worde vermeden. In de zakelijke functie moet juist, op de gewone wijze van procederen, beslist worden over het recht tot bezit van eiser en gedaagde.¹⁴⁷⁶

Vele handelingen zijn zowel grond voor de politionele actie, als schennis van het zakelijk bezitrecht. In zulk geval zal er concursus actionem [samenloop van acties, *HHR*] zijn. De gestoorde zal dan, als hij zeker is storing en toestand te kunnen bewijzen, wijs doen eerst de politionele actie in te stellen. Die brengt hem in korte tijd tot onmiddellijk herstel. Wil hij echter tevens uitgemaakt zien, wie het sterkste recht op de zaak heeft, of is hij niet zeker dat de tegenwoordige houder van de zaak de stoorder zelf is, dan kiest hij de zakelijke.¹⁴⁷⁷

Mijns inziens benadrukt Van Oven terecht het primaat van de politionele bescherming. Ik waag het echter te betwijfelen of hij het bij het rechte eind heeft wanneer hij stelt dat voor een houder in het algemeen een veroordeling in geld minder belangrijk is dan restitutie.¹⁴⁷⁸ Het komt me voor dat het omgekeerde eerder het geval zal zijn.

In veel gevallen zal de schade die een houder door een onrechtmatige daad lijdt niet alleen bestaan uit de schadepost van het aansprakelijkheidsbelang jegens zijn contractspartner, maar lijdt hij ook schade uit een *zelfstandig*

¹⁴⁷⁶ Van Oven 1905, p. 196.

¹⁴⁷⁷ Van Oven 1905, p. 227-228.

¹⁴⁷⁸ Vgl. het citaat bij noot 1474.

belang.¹⁴⁷⁹ Ik geef als eenvoudig voorbeeld de diefstal van een gehuurd busje waarmee de huurder inboedel wil verhuizen. De verhuurder spreekt de houder aan en die is niet in staat om de schade op een verzekering af te wentelen, bijvoorbeeld omdat de houder het busje met open deuren en de sleutel in het contact heeft verlaten. Hij is daardoor aansprakelijk voor de schadepost. Aan de andere kant lijdt hij ook zelf schade uit een zelfstandig belang: hij zal immers opnieuw een ander busje moeten huren voor de verhuizing. Vindt men nu na een week de dief en het busje terug, dan zal in ieder geval de schade uit het zelfstandig belang niet door restitutie gecompenseerd worden. In dit eenvoudige voorbeeld zal die schade nog meevallen, maar Tjeenk wijst in zijn proefschrift op het ervaringsfeit dat dit niet altijd zo uitpakt. Met name wanneer schade concreet berekend wordt en er sprake is van meerdere (middellijke) houders kan de schadepost uit het zelfstandig belang die van het aansprakelijkheidsbelang gemakkelijk overstijgen.

In tegenstelling tot schade toegebracht aan de zaak, is het mogelijk dat de schade die een houder lijdt in zijn zelfstandig belang hoger is dan de schade die de eigenaar in zijn plaats zou hebben geleden. Schade wegens gebruiksderving wordt immers in de regel concreet berekend en verschilt derhalve dikwijls van benadeelde tot benadeelde. Bovendien kan het aantal personen dat als houder een zelfstandig belang bij de zaak verkrijgt, zich sterk uitbreiden doordat de houder de zaak op zijn beurt afgeeft aan een derde, en die op zijn beurt op een vierde, enzovoorts. Dergelijke ketens van overeenkomsten plegen zich vooral in vervoerrechtelijke situaties voor te doen.¹⁴⁸⁰

Voor de vergoeding van een zelfstandig belang is de houder dus gebaat met een persoonlijke actie, een zakelijke actie lijkt vooral zin te hebben als de houder een duurcontract aanging en hij nog steeds een economisch belang bij de zaak heeft.

De zakelijke vordering tot restitutie lijkt op het eerste gezicht meer voor de hand te liggen bij het *aansprakelijkheidsbelang*. Wanneer de houder in staat is om het goed in kwestie terug te geven aan zijn contractspartner vermindert hij immers de aansprakelijkheid uit zijn eigen vermogen. Maar het komt me voor dat hier de schijn bedriegt en dat, afgezien van faillissementssituaties, de duur van het contract het werkelijke beslissingscriterium is. Het spreekt voor zich dat de houder bij kortdurende contracten gehouden is om het goed in kwestie snel weer terug te geven. Is nu de zaak gedurende die tijd nog niet opgespoord, of loopt zijn procedure tegen de dief nog, dan zal hij zich gedwongen zien zijn

¹⁴⁷⁹ Vgl. voor het volgende: Tjeenk 1997, p. 219.

¹⁴⁸⁰ Tjeenk 1997, p. 227-228.

contractspartner schadeloos te stellen in geld. Nadat hij dit gedaan heeft, lijkt een zakelijke actie tegen de dief weinig zin meer te hebben. Immers, als een houder het goed in kwestie *definitief* had willen hebben, dan zou hij het voor zichzelf hebben aangeschaft en geen huurovereenkomst hebben afgesloten.¹⁴⁸¹ Zo bezien heeft een zakelijke actie alleen zin als het goed is opgespoord en de restitutieprocedure kan worden afgesloten vóór afloop van de contractstermijn. Het komt me voor dat in de meeste gevallen niet aan deze eisen zal zijn voldaan.

In het voorgaande liet ik bewust de casus van de onvermogen en faillierende delinquent buiten beschouwing. Dit geval is relevant omdat toekenning van een zakelijke actie aan een houder hem de bevoegdheid verleent om in een faillissement een separatistenpositie in te nemen, *droit de préférence*. Zelfs Van Oven bekruipt de twijfel wanneer hij deze mogelijkheid bespreekt: hij geeft onomwonden toe dat juist het toekennen van deze bevoegdheid een grondslag kan opleveren om het Ontwerp te wijzigen.

Ligt hier [in de vergelijking onrechtmatige daad ⇔ bezitsactie, *HHR*] dus geen reden om wijziging van het ontwerp te bepleiten, twijfel overvalt ons als wij ons de werking van de bepalingen indenken in geval van faillissement van derden die bezitten of houden.¹⁴⁸²

Natuurlijk vormt zich ook hier dan een keten van houders die allemaal aanspraak zouden mogen maken op de bevoegdheid tot separatisme. Uit rechtvaardigheidsoverwegingen wenst Van Oven in deze afweging echter zwaar mee te laten wegen dat als de eigenaar/ bezitter niet ingrijpt, ieder van de houders aansprakelijk is jegens de voorgaande keten.

Doch nu rijst de vraag, of een aanspraak op separatisme niet verleend behoort te worden aan vroegere houders-niet-bezitters als zodanig. Daarvoor valt dit te zeggen, dat er geen enkele reden is, waarom, als de eigenaar of bezitter zijn recht niet doet gelden – bv. omdat hij afwezig is, niet weet, dat zijn zaak in de failliete boedel betrokken is – de zaak ten bate van de crediteuren zou worden verkocht. Stel dat in mijn voorbeeld van zo even de heler faillieert, ik echter [als eigenaar, *HHR*], mijn fiets niet uit de boedel opeis, dan schijnt het gewenst, dat zowel de bruiklener als de reparateur, als ook diens zoon [die de fiets tijdelijk gebruikt voor het doen van een boodschap, *HHR*], haar afgifte van de curator mag eisen. Zij zijn immers, ieder op zijn beurt, tot vergoeding jegens hun voorman verplicht, indien zij niet kunnen teruggeven, en het schijnt daarom niet minder dan rechtvaardig, dat zij

¹⁴⁸¹ In dit opzicht verschilt de houder van de verjaringsbezitter, wiens wens het juist is om de zaak definitief te verkrijgen. Hierin ligt een aanleiding om de verjaringsbezitter wel een zakelijke actie te verlenen.

¹⁴⁸² Van Oven 1958 (*WPNR* # 4539), p. 243.

haar uit de boedel kunnen opeisen, *terwijl in elk geval de fiets niet ten bate van de crediteuren van de heler zal mogen worden verkocht* [cursivering, HHR].¹⁴⁸³

Met Van Ovens laatste stelling kan ik mij niet verenigen: ik verschil met hem van mening over de vanzelfsprekendheid waarmee hij aanneemt dat de rechtvaardigheid eist dat de fiets niet ten bate van de schuldeisers van de heler zal mogen worden verkocht. Van Oven wil deze groep uitsluiten van de baten van de gestolen fiets, maar ik doorgrond zijn beweegredenen niet. Natuurlijk zijn zowel de dief als de heler te kwader trouw, maar dit mag toch niet doorgetrokken worden naar hun schuldeisers. *Zij* hebben immers op geen enkel punt blijk gegeven van kwade trouw: zo men hen al een verwijt kan maken, dan is dat slechts dat zij een verkeerde persoon hebben vertrouwd. Welnu, hetzelfde geldt in het Ontwerp voor iedereen die te goeder trouw een roerende zaak koopt die van een onachtzame eigenaar is gestolen.¹⁴⁸⁴ Tegen hem kan zelfs de zakelijk gerechtigde niets beginnen, de koper wordt beschermd.¹⁴⁸⁵ Ik zie geen aanleiding om dezelfde bescherming te onthouden aan schuldeisers die in een faillissement te goeder trouw handelen. Dit geldt wel in het bijzonder voor het voorbeeld dat Van Oven geeft. Hierin werd de diefstal van de fiets vergemakkelijkt doordat de laatste houder, de zoon van de fietsenmaker, zijn zorgplicht verwaarloosde door de fiets niet op slot te zetten en haar onbeheerd achter liet. Mijns inziens hoort bij de belangenafweging dit feit zwaar mee te tellen, zodat de zoon uiteindelijk voor de schade aansprakelijk behoort te zijn wanneer het onmogelijk blijkt deze te verhalen op de delinquent.¹⁴⁸⁶ Die aansprakelijkheid wordt echter onderbelicht wanneer hij of ieder van de voorgaande schakels in de keten zich van zijn verbintenis tot schadevergoeding kan bevrijden door het hem toegekende zakelijke recht tegen de schuldeisers van de failliet in te zetten om het goed vervolgens terug te geven aan zijn contractspartner.

Op het eerste gezicht is het wellicht een verleidelijke gedachte de rechtspositie van de bestolen houder gelijk te stellen aan die van de gedeposeerde bezitter. Het Ontwerp kent de laatste immers wél de mogelijkheid toe om met een zakelijke actie 'zijn' object uit een faillissement op te eisen. Er bestaat echter een fundamenteel verschil tussen beide: de bezitter kan door verjaring

¹⁴⁸³ Van Oven 1958 (WPNR # 4539), p. 243.

¹⁴⁸⁴ Zie ook Van Oven, die zelfs een lans wil breken voor het standpunt eigendomsverkrijging aan te nemen wanneer een verkrijger te goeder trouw een gestolen zaak *om niet* ontvangt. Van Oven 1956 (WPNR # 4438), p. 135.

¹⁴⁸⁵ Vgl. art. 3.4.2.3 Ontwerp, het prototype voor de huidige derdenbescherming van art. 3:86 BW. Van Oven geeft overigens de voorkeur aan de gewijzigde formulering van Meijers' opvolgers (art. 3.4.2.3a), Van Oven 1956 (WPNR # 4438), p. 134.

¹⁴⁸⁶ Deze houder valt meer te verwijten dan de schuldeisers te goeder trouw van de bezitter te kwader trouw.

volledig rechthebbende worden, de houder niet. De bezitter heeft dus een groter belang bij het goed en juist in dat belang zou men de rechtvaardiging kunnen zien van de toekenning van de bevoegdheid te separeren.

Uiteindelijk spreekt ook Van Oven zich toch uit *tegen* een verlening van een separatistenpositie aan houders. Het komt hem juister voor om voor deze specifieke situatie afzonderlijke bepalingen te geven, bijv. in de Faillissementswet.

Maar moet men hieruit besluiten, dat diensvolgens een houderschap in het verleden zonder meer aanspraak op zaaksgevolg, op 'suite' dient te geven? Dit gaat mij te ver. Wellicht zal de Faillissementswet voorzieningen moeten gaan bevatten om te voorkomen dat ten bate van schuldeisers zaken verkocht worden die aan wie dan ook wel, zeker niet aan de gefailleerde toekomen, doch een bepaling in het burgerlijk wetboek op te nemen van zo verre strekking komt mij niet gewenst voor. En op stuk van zaken zal soms de bepaling van art. 3.5.17 lid 3, ook in geval van faillissement dienst kunnen doen. De curator is tot hetzelfde verplicht als de gefailleerde geweest zou zijn, indien hij niet failliet was gegaan. Verkreëg deze te kwader trouw, dan zal onze moderne *actio spoli* ook tegen de curator ingesteld worden en 'indien daartoe gronden zijn' tot herstel van een vorige toestand kunnen leiden.¹⁴⁸⁷

Ik sluit mij aan bij Van Ovens slotsom dat houders geen separatistenpositie verleend moet worden, maar kom op andere gronden tot deze conclusie. Het komt mij voor dat het BW zelf de bestolen houder voldoende mogelijkheid biedt om verhaal te halen tegen de (eventueel opvolgende) faillerende bezitter te kwader trouw.¹⁴⁸⁸ Ik ga gemakshalve uit van de meest simpele casus, waarin de houder het goed in kwestie direct heeft verkregen van de rechthebbende, dus als eerste houder zonder tussenschakels van middellijke houders.¹⁴⁸⁹ Nadat de zaak van hem ontvreemd is, bestaan er twee mogelijkheden: hij heeft ofwel de rechthebbende al schadeloos gesteld voordat hij achter de identiteit van de bezitter te kwader trouw komt, of hij heeft dit nog niet gedaan.

Bezien we allereerst de tweede situatie. Het is duidelijk dat het gestolen goed *niet* tot de boedel van de failliet behoort, iemand anders is rechthebbende: de voorman van de houder. De complicatie die Van Oven schetste was dat deze nu het goed niet opeist, omdat hij afwezig is of niet weet dat zijn zaak in de failliete boedel betrokken was. Me dunkt dat de houder zich in een dergelijk geval kan melden bij de curator en van hem mag vorderen dat hij het gestolen goed aan de *rechthebbende* afgeeft. Ik laat de vraag in het midden of hij dit zal doen als zaakwaarnemer of dat men zelfs uit een onderliggende overeenkomst

¹⁴⁸⁷ Van Oven 1958 (*WPNR* # 4539), p. 243-244.

¹⁴⁸⁸ Anders: Van Schaick 2003, p. 59 e.v.

¹⁴⁸⁹ Het toevoegen van extra schakels compliceert de casus, maar verandert hem niet.

de bevoegdheid tot deze handelwijze mag afleiden. In veel gevallen zal de houder beschikken over een geschreven overeenkomst met daarin details die het goed in kwestie kunnen identificeren en *elke* bestolen houder zal moeten kunnen beschikken over een door de politie verstrekt aangifteformulier van de gemelde diefstal. Een curator die op deze wijze op de hoogte is gebracht van de stand van zaken en vervolgens toch zonder enig onderzoek¹⁴⁹⁰ het goed vervreemdt ten bate van de schuldeisers van de failliet maakt zich mijns inziens schadeplichtig: hij begaat een onrechtmatige daad jegens de rechthebbende en jegens de houder. De bestolen houder kan hem dan ook *rechtstreeks* aanspreken voor de schade die hij daardoor lijdt. Wanneer de curator echter *wel* de zaak aan de rechthebbende afgeeft, dan is de houder niet langer verplicht om hem schadeloos te stellen. In beide gevallen komt het op verbintenisrechtelijke wijze behaalde resultaat op hetzelfde neer als wanneer de houder een zakelijke actie had ingesteld. De winst ligt erin dat men de situatie helder en overzichtelijk houdt. Dit is niet alleen voor de rechthebbende een pluspunt, maar ook voor de curator: er kan zich geen keten van houders melden, ieder met zijn eigen zakenrechtelijke aanspraak en evenmin kan er samenloop optreden van zakenrechtelijke claims van de 'houder' en de 'rechthebbende'.¹⁴⁹¹ Bij gelijkwaardige uitkomsten lijkt me dit van beslissende betekenis.

Nog eenvoudiger liggen de kaarten in het eerste geval: wanneer de houder de rechthebbende al schadeloos heeft moeten stellen. Dit zal waarschijnlijk wel de meest gebruikelijke situatie zijn, tenminste wanneer men aanneemt dat er gewoonlijk enige tijd zal verstrijken voordat een gestolen goed weer opduikt. Het BW biedt de compenserende houder de mogelijkheid om zich de zaak in eigendom over te laten dragen of om de zakelijke bezitsvordering van zijn voorman over te nemen. Dat zou in normale gevallen stuiten op het probleem van de eis van bezitsverschaffing: de rechthebbende zal het gestolen roerende goed niet langer kunnen leveren, hij heeft immers het (middellijke) bezit ervan verloren. Meijers heeft die situatie voorzien en nam art. 3.4.2.7 Ontwerp op (art. 3:94 BW). Dit artikel maakt het mogelijk om, bij wijze van uitzondering, een roerende zaak te leveren met een akte, in plaats van de verkrijger het feitelijk bezit ervan te verschaffen. Bij het opstellen van de bepaling heeft Meijers de rechtspositie van de bestolene voor ogen gehad, zoals blijkt uit zijn Toelichting:

Het artikel handelt omtrent de overdracht van rechten, niet van rechtsvorderingen. Het ontwerp kent niet de mogelijkheid, dat rechtsvorderingen onafhankelijk van het recht, dat zij moeten beschermen kunnen worden overgedragen. (...) Om deze

¹⁴⁹⁰ Bijvoorbeeld naar een derdenbescherming biedende aankoopbon (3:86 lid 3 sub a BW) die hij niet zal aantreffen in de administratie van de bezitter te kwader trouw.

¹⁴⁹¹ Omwille van de duidelijkheid gebruik ik hier de huidige terminologie.

redenen erkent het ontwerp niet een zodanige overdracht rechtsvorderingen, maar maakt dit artikel ook overdracht van rechten op roerende zaken mogelijk, wanneer de vervreemder deze zaken heeft verloren *of wanneer zij hem zijn ontnomen, zodat hij niet het bezit kan leveren* [cursivering, HHR].¹⁴⁹²

Na de overdracht is de houder *zelf* zakelijk rechthebbende en op grond daarvan separatist. Hij kan dus zelfstandig het goed uit het faillissement lichten en het vervolgens verkopen om zich op de opbrengst te verhalen. Hiermee zal hij in ruimere mate gecompenseerd worden dan wanneer hij de verbintenisrechtelijke weg zou bewandelen en zijn schuldvordering ter verificatie bij de curator zou indienen.

Ik kom tot de slotsom dat een bestolen houder niet noodzakelijk de ongunstige positie van concurrent debiteur in het faillissement van de bezitter te kwader trouw hoeft in te nemen. Afhankelijk van het feit of hij reeds zijn voorman de schade heeft moeten vergoeden, kan hij hetzij via verbintenisrechtelijke weg een betere positie verkrijgen, hetzij via het goederenrecht. In beide gevallen bepaalt zijn aansprakelijkheidsbelang het maximum van zijn vordering, voor zijn zelfstandig belang wordt hij concurrent schuldeiser van de failliet. Hierin verschilt zijn positie echter niet van een zakelijk gerechtigde, immers: zelfs wanneer hem een zakelijke actie was toegekend zou hij geen hogere aanspraken hebben gehad.¹⁴⁹³

¹⁴⁹² Meijers 1954 (Toelichting), p. 223. Zie reeds Meijers 1912 (*WPNR* # 2962), p. 513 e.v.
¹⁴⁹³ Ik meen in het voorgaande afdoende te zijn ingegaan op de vraag die Schoordijk opwierp: 'Men kan zich de vraag stellen, waarom ook niet van een houder gezegd kan worden, dat hij omdat hij een zaak – zij het mede voor een ander houdt, niet een beter recht moet hebben dan niemand die een zaak niet houdt. Niet valt in te zien waarom een houder (B) die bestolen is door C, de zaak ook niet zo (behoudens derdenbescherming) zou moeten kunnen terugvorderen van D. Zelf zou ik er voor zijn aan een houder een zakelijk recht toe te kennen. Een recht van lagere orde weliswaar dan het recht van de eigenaar/bezitter, maar wel een recht dat het wint van de dief of – behoudens derdenbescherming – van de verkrijger van de dief. (...) Men werpe mij niet tegen, dat ik zo misken dat – om een voorbeeld te kiezen – een bruiklener slechts een persoonlijk recht heeft. Ik zou de zaak willen omdraaien. Als een bruiklener een persoonlijk recht heeft dan moge dit betekenen dat hij zijn recht tegenover een opvolgend eigenaar niet kan doen gelden, (...) Maar het feit dat er sprake is van een persoonlijk recht mag ons niet blind maken voor het feit dat dit persoonlijk recht een eigendommelijke zijde heeft. De bruiklener mag van een ieder eisen, dat hij zijn persoonlijk recht in vrede kan uitoefenen. Daarom moet hij een ieder, die hem in zijn persoonlijk recht stoort, verre van zich kunnen houden. En wat zou er tegen zijn dat een bruiklener die bestolen is, de zaak van de verkrijger van de dief – voor zoverre deze niet recht op derdenbescherming kan doen gelden – kan terugvorderen? Het is niet slechts zijn belang, maar ook dat van de eigenaar/bezitter dat daarmee gediend is.' Schoordijk 1991, p. 452-453.

§ 5 De totstandkoming van art. 3:125 BW

5.1 Tóch voorschrift voor bezitsbescherming: art. 16 B.W. 23

Het is bekend dat Meijers aanvankelijk niet van plan was om een afzonderlijke regeling voor bezitsbescherming in zijn Ontwerp op te nemen: hij meende dat de actie uit onrechtmatige daad en het kort geding in de beschermingsbehoefte konden voorzien.¹⁴⁹⁴ Hierboven verklaarde ik Meijers' ommezwaai vanuit diens wens om bij de invoering van het causale stelsel in het wetboek een voorschrift op te nemen dat de bezitter de positie van 'relatief eigenaar' verschafte.¹⁴⁹⁵ Deze afsluitende paragraaf bevat het verslag van mijn onderzoek naar de definitieve vormgeving van het voorschrift. Ik neem als uitgangspunt het conceptvoorschrift, dat ik voor het gemak van de lezer hieronder nogmaals weergeef.

Art. 16. (B.W. 23).

Hij, die het bezit van een goed verkregen heeft kan op grond van een daarna plaats gevonden bezitsverlies of bezitsstoornis tegen derden dezelfde rechtsvorderingen instellen, die de rechthebbende op het goed toekomen. Nochtans moeten deze rechtsvorderingen binnen het jaar na het verlies of de stoornis ingesteld worden. Een vordering wordt afgewezen, indien de gedaagde tot het houden van het goed of tot de storende handeling gerechtigd was.

Hij, die het bezit van een goed door geweld verkregen heeft, kan een vordering als in dit artikel bedoeld eerst instellen, nadat hij ten minste één jaar na het ophouden van het geweld ongestoord het bezit van het goed gehad heeft.

Het in dit artikel bepaalde laat het recht van een houder of bezitter onverlet om, indien daartoe gronden zijn, een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen of een voorziening in kort geding te vragen.¹⁴⁹⁶

Als bronnen van inspiratie voor dit voorschrift noemt Meijers in zijn Toelichting met name de Romeinsrechtelijke *actio Publiciana* en art. 618 OBW.¹⁴⁹⁷ Het laatste voorschrift stond in het oude recht bekend onder de naam *maintenue*, hoewel *réintégrande* een historisch en dogmatisch juistere benaming voor zou

¹⁴⁹⁴ Zie hierboven, p. 1.

¹⁴⁹⁵ Zie hierboven, p. 364.

¹⁴⁹⁶ Zie hierboven mijn noot 1323.

¹⁴⁹⁷ B.W. 24, p. 9 (Toelichting op art. 16): 'De tweede wijze van bezitsbescherming [de bescherming van de bezitter tegen andere personen, die in ieder geval minder dan hijzelf met het goed te maken hebben, *HHR*] daarentegen heeft het ontwerp gemeend in een afzonderlijke bepaling te moeten vastleggen. Aan een zodanige regeling bestaat ongetwijfeld behoefte. In die richting ging de Romeinsrechtelijke *actio Publiciana* en gaat thans art. 618 B.W.' NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 617.

zijn geweest.¹⁴⁹⁸ Ik zal hieronder uiteenzetten dat Meijers het conceptvoorschrift heeft samengesteld met behulp van concepten van het Romeinse en *gewere*-recht: dus met bouwstenen uit twee verschillende rechtssystemen met verschillende bezitsbegrippen.

In zijn Toelichting schrijft Meijers verder dat het voorschrift gericht is op de bescherming van de verjaringsbezitter.¹⁴⁹⁹ Het is verleidelijk om deze opmerking uit te leggen vanuit de tegenstelling verjaringsbezitter *versus* gewone bezitter.¹⁵⁰⁰ Maar Meijers' ontwerp maakt van iedere bezitter een verjaringsbezitter.¹⁵⁰¹ Het lijkt dan ook zinvoller om de opmerking uit te leggen vanuit de tegenstelling verjaringsbezitter *versus* eigenaar/rechthebbende: een verjaringsbezitter is dan de bezitter die tengevolge van het causale stelsel niet de eigendom of het recht op een goed heeft verkregen, maar op grond van dit voorschrift wel een relatief recht verkrijgt op bescherming tegen bezitsverlies of -stoornis.¹⁵⁰²

Tenslotte blijkt uit de Toelichting dat Meijers voor het geraamte van het conceptvoorschrift deels inspiratie heeft geput uit de regeling van de *maintenue*, *Azione di manutenzione*, van de Italiaanse *Codice civile* uit 1942.¹⁵⁰³ Het bewuste voorschrift kan als volgt vertaald worden:

¹⁴⁹⁸ Zie hierboven, p. 297. Op p. 290 vermeldde ik aan dat deze aanduiding ongelukkig gekozen is, omdat art. 618 OBW beoogde bescherming te bieden tegen bezitsverlies en Nicolaï aldus het eenvoudig te begrijpen uitgangspunt prijs gaf dat bij stoornis (*trouble*) de *maintenue* ingesteld diende te worden en bij verlies (*perte*) de *réintégrand*e. Voor het conceptvoorschrift speelt dit onderscheid trouwens niet, omdat het voorziet in bescherming tegen beide gevallen.

¹⁴⁹⁹ Vgl. B.W. 24, p. 1: 'In de regeling van het ontwerp daarentegen staat ten dele in aansluiting met het geldende recht als gevolg van het bezit de verkrijging door verjaring en de bescherming van hem, die op weg is door verjaring het goed te verkrijgen, voorop.'; p. 10: 'Het artikel beschermt aldus de lopende verjaring; het verworpt het stelsel volgens hetwelk de bezitter op de dag der voltooiing der verjaring een volledig recht verkrijgt, doch de dag daarvoor nog iedere bevoegdheid mist.' NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 617.

¹⁵⁰⁰ Zie bijvoorbeeld hierboven mijn noot 1300.

¹⁵⁰¹ Zie § 1.3.1 van dit hoofdstuk.

¹⁵⁰² Ik heb geen aanwijzingen aangetroffen dat de wetgever in dit opzicht van het Ontwerp heeft willen afwijken en kom dus tot de conclusie dat de wetgever in de uiteindelijke regeling een recht aan de bezitter heeft toegekend. Vgl. Van Schaick 2003 (Mon. Nieuw BW A-14), p. 55: 'Art. 3:125 lid 1 BW spreekt over 'bezitsverlies of bezitsstoornis'. Nergens maakt de wetgever duidelijk of hij het bezit in dit artikel ziet als een feitelijke situatie waarin iemand een goed voor zichzelf houdt dan wel als een recht om het goed voor zichzelf te houden.'

¹⁵⁰³ B.W. 24, p. 10: 'Een overeenkomstige bepaling als het artikel voor door geweld verkregen bezit geeft is ook in art. 1170 van het Italiaanse wetboek weer te vinden.' NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 617. Deze verwijzing naar het Italiaanse wetboek is in de uiteindelijke Toelichting geschrapt, maar dat de regeling van het Italiaanse wetboek een belangrijke rol heeft gespeeld bij de discussie over het voorschrift en zelfs tot aanpassing ervan heeft geleid blijkt uit de notulen van de

Art. 1170. (Codice civile).

Diegene die gestoord is in ofwel in het bezit van een onroerende zaak, een op een onroerend goed rustend zakelijk recht of in een algemeenheid van goederen kan, binnen het jaar van de storing, de handhaving vragen in het betreffende bezit.

De actie wordt verleend wanneer het bezit langer heeft geduurd dan een jaar, vast en niet onderbroken is geweest en de bezitstoestand niet heimelijk of met geweld is verkregen. Indien de bezitstoestand heimelijk of met geweld is verkregen, kan de actie desalniettemin gebruikt worden, na het verstrijken van een jaar van de dag waarop het geweld of de heimelijkheid is gestaakt.

Ook hij die geen gewelddadige of heimelijke storing heeft ondergaan kan vragen om in het bezit te worden hersteld, onder de voorwaarden aangegeven in het vorige lid.¹⁵⁰⁴

Meijers koos voor het omwerken van een buitenlandse regeling over de *maintenue*, in plaats van het bewerken van de bestaande bezitsacties.¹⁵⁰⁵

bespreking van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving, zie het citaat bij noot 1550. Zie ook Florijn 1994, p. 113 die ten aanzien van Meijers als wetgever 'het van belang acht erop te wijzen dat Meijers een sterke voorkeur aan de dag legde voor de meer "moderne" codificaties, zoals het Italiaanse en Zwitserse B.W. Het Franse recht had voor hem vrijwel afgedaan, bol als het stond van eindeloze discussies over de bedoeling van de wetgever, terwijl uit het BGB een zo andere geest sprak dat Meijers het alleen in uitzonderlijke gevallen raadpleegde.'

1504

Art. 1170 Azione di manutenzione

Chi è stato molestato nel possesso di un immobile, di un diritto reale sopra un immobile o di un'universalità di mobili può, entro l'anno dalla turbativa, chiedere la manutenzione del possesso medesimo.

L'azione è data se il possesso dura da oltre un anno, continuo e non interrotto, e non è stato acquistato violentemente o clandestinamente. Qualora il possesso sia stato acquistato in modo violento o clandestino, l'azione può nondimeno esercitarsi, decorso un anno dal giorno in cui la violenza o la clandestinità è cessata.

Anche colui che ha subito uno spoglio non violento o clandestino può chiedere di essere rimesso nel possesso, se ricorrono le condizioni indicate dal comma precedente.

1505

Evenmin heeft hij voorschriften overgenomen uit het Ontwerp 1899. Dit Ontwerp bevatte, in tegenstelling tot het OBW, de *actio Publiciana* (art. 118) en eveneens de *complainte/maintenue* (art. 34 e.v.; zie hierover mijn noot 1064 en p. 282). Zie ook Ontwerp 1899 (II – Toelichting), p. 329 en p. 385-386.

Art. 118 Ontwerp 1899 luidt, voor zover van belang:

Hij, die te goeder trouw het bezit eener onroerende zaak verkreeg krachtens eenige wijze van eigendomsovergang onder bijzondere titel, kan haar, ook indien zijn voorganger geen eigenaar was, van elken houder opvorderen, behalve van den eigenaar zelven en van degene, die haar insgelijks krachtens zoodanige wijze van eigendoms-overgang te goeder trouw bezit. (...)

Art. 34 Ontwerp 1899 luidt:

De vordering tot handhaving in het bezit kan worden ingesteld tegen ieder, die de bezitter in zijn bezit heeft gestoord of doen storen.

Deze vordering geldt ook tegen den eigenaar.

Wellicht achtte hij een bewerking niet opportuun vanwege de zware kritiek waaraan de regeling van bezitsbescherming van het OBW had blootgestaan.¹⁵⁰⁶ En het Italiaanse wetboek bood een uitwerking van bezitsvorderingen die ook bij ons wortel hadden geschoten (via de band van zijn voorganger uit 1865).¹⁵⁰⁷ Hierin onderscheidt het zich in positieve zin van de Franse Napoleontische wetboeken: die bevatten immers geen nadere uitwerking van de bezitsacties.¹⁵⁰⁸ Meijers heeft de Italiaanse regeling van de *maintenue* niet gekopieerd, maar, samen met de regeling van de *actio Publiciana* als uitgangspunt genomen voor het concipiëren van een algemene regeling voor zakelijke bezitsbescherming. Hieronder bespreek ik zijn conceptvoorschrift lid voor lid.

5.1.1 *Het eerste lid van het conceptvoorschrift*

Het voorschrift vereist *bezit*. Bezit is volgens Meijers in de eerste plaats een feitelijke toestand (*corpus*), waarin een bezitswil bestaat die er gericht is om de macht van de eigenaar/rechthebbende uit te oefenen (*animus*), maar daarnaast kunnen ook specifieke wetsvoorschriften bezit toekennen.¹⁵⁰⁹ Het voorwerp van bezit is een *goed*. Dit begrip omvat méér dan onroerende zaken: het ziet ook op roerende zaken en rechten. Al deze rechtsobjecten worden in het ontwerp volgens het causale systeem overgedragen, waardoor het kan voorkomen dat een

Zij kan niet worden ingesteld tegen hem, aan wien de bezitter het bezit binnen het jaar, aan de stoornis voorafgaande, eigenmachtig ontnomen heeft.

¹⁵⁰⁶ Zie hierboven, p. 292 e.v. Zie ook de inleidende opmerkingen in het Ontwerp 1899 (II - Toelichting), p. 319 m.b.t. de bezittitel van het OBW: ‘Geen Titel wellicht uit het gehele Burgerlijk Wetboek, die aan zulke heftige aanvallen van de zijde der beoefenaars van de rechtswetenschap heeft blootgestaan als juist deze, (...) Zo zullen om, een voorbeeld te geven, (...), terwijl ook de regeling der bezitsacties wel door niemand in bescherming zal worden genomen.’

¹⁵⁰⁷ Gordley & Mattei 1996, p. 318: ‘The Italian Civil Code of 1865, enacted after unification, adopted a system of possessory remedies like the French. One who had lost violently or clandestinely could bring an action like *réintégrande* called *reintegrazione* but he could do so only against the dispossessor. One whose possession was disturbed could bring an action called *manutenzione* which was like *complainte*. The action could not be brought by a derivative possessor such as a lessee or by one who had been in possession less than a year.’ Vgl. Calisse 1928, p. 741 e.v. (Titel III) en m.n. p. 747 e.v. (§ 473), die over de regeling van art. 694 Codice civile 1865 o.a. opmerkt: ‘Because of its purpose, it is still referred to as “mandatum de manutenendo”, and recalls also another rule of mediaeval law which required that possession, to receive protection, should have become lawful by having been continuous during a year.’ Hij verwijst naar het vereiste van de Germaanse ‘rechte gewere’ (p. 747): ‘that the possession should have been lawful (“legitimo”), though the lapse of a fixed period, such as a year and a day, in accordance with the Germanic law of prescription, sufficed to render it so.’ Zie ook p. 702 e.v.

¹⁵⁰⁸ Zie hierboven, p. 255 e.v.

¹⁵⁰⁹ Zie hierboven, p. 329 e.v.

overdracht mislukt en slechts leidt tot verkrijging van (verjarings-)bezit. Voor het koppelen van een relatieve bescherming aan bezit achtte Meijers een wettelijke grondslag nodig.¹⁵¹⁰ In het algemene deel van zijn Toelichting verwoordt hij deze keuze als volgt:

Er zij ten slotte nog op gewezen, dat de Titel algemeen handelt over bezit van “goederen”; het bezit wordt dus niet beperkt tot zaken en zakelijke rechten. Ook dit hangt samen met de gevolgen, die bij de regeling van het bezit op de voorgrond staan. Wanneer de bescherming tegen eigenrichting op de voorgrond treedt, dan beperkt men terecht het bezit tot lichamelijke zaken en de absolute rechten, die men daarop kan doen gelden. Slechts een zaak kan zich zodanig in de particuliere sfeer van de bezitter bevinden, dat een derde die zaak niet tot zich nemen kan zonder op die particuliere sfeer inbreuk te maken. Wanneer men echter de verkrijgende verjaring als uitgangspunt van de bezitsregeling neemt, dan dient men een bezit van ieder goed te erkennen, hetwelk door verjaring verkregen kan worden. Bij ieder vermogensrecht, dat niet hoogst persoonlijk is, is het redelijk na een langdurige, ongestoorde uitoefening een verkrijging door verjaring te erkennen.¹⁵¹¹

In zijn Toelichting op het conceptvoorschrift benadrukt Meijers vooral de noodzaak van een wettelijke regeling voor een relatieve bescherming van bezit van goederen:

Het artikel geldt echter niet alleen voor onroerende zaken, maar evenals art. 42 Ontwerp 1899 reeds bepaalde ook voor roerende zaken¹⁵¹² en alle verdere rechten, die als goederen worden aangemerkt. Hoe sterk ook buiten de onroerende zaken een behoefte aan een zodanige bescherming van een bezitter bestaat blijkt wel hieruit, dat b.v. onze rechtspraak deze bescherming zonder enig wettelijke basis

¹⁵¹⁰ Zie hierboven het citaat bij noot 1390.

¹⁵¹¹ B.W. 24, p. 1-2. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 617.

¹⁵¹² Ontwerp 1899 (II – Ontwerp), p. 153, art. 42:

De houder eener roerende zaak, wien deze is ontnomen of die haar heeft verloren, heeft het recht om haar van elken lateren houder terug te vorderen.

Indien hij houder was voor een ander, of haar in pand of vruchtgebruik onder zich had, kan deze vordering ook worden ingesteld door hem, voor wien hij de zaak hield, of van wien hij haar in pand of in vruchtgebruik had.

De vordering moet binnen het jaar worden ingesteld.

Indien hij, wien de zaak is ontnomen of die de zaak heeft verloren, haar terugkrijgt, vervallen de rechten, in den tusschentijd door derden daarop verkregen.

De Toelichting vermeldt het volgende over dit voorschrift: Behalve de reeds gemelde acties, die alleen betrekking hebben op onroerende zaken of op zaken, die daarmede gelijk gesteld worden, geeft het ontwerp nog een actie aan iedere houder, wie een roerende zaak is ontnomen, of die een roerende zaak heeft verloren, – de in het 2^{de} lid van artikel 2014 B.W. geregelde actie.’ Ontwerp 1899 (II – Toelichting), p. 321. Ze merkt de actie aan als een ‘oneigenlijke bezitsactie’, p. 336-337: ‘Al is, zo als reeds vroeger werd opgemerkt, de hier besproken actie geen eigenlijke bezitsactie, (...)’

voor hem, die in het bezit is van een merkenrecht, heeft ingevoerd,¹⁵¹³ terwijl de Franse rechtspraak degene, die zich in het bezit van een erfenis heeft gesteld, gelijke bescherming deelachtig laat worden, eveneens zonder wettelijke grond.¹⁵¹⁴

Het bezit moet zijn *verkregen*. Als wijzen van verkrijging noemt het concept: inbezitneming, levering of opvolging onder algemene titel.¹⁵¹⁵ Deze eis ligt voor de hand: een bezit dat nog niet is verkregen valt natuurlijk niet te beschouwen als verjaringsbezit en verschaft daarom geen rechten.

Het voorschrift biedt bescherming gebaseerd op *een op grond van een daarna plaatsgevonden bezitsverlies of bezitsstoornis*. Meijers heeft hier op deze wijze de twee grondslagen voor het invoeren van de bescherming in één voorschrift samengevoegd. In het OBW heeft juist de verdeling van de vorderingen over meerdere voorschriften voor verwarring gezorgd.¹⁵¹⁶

De verjaringsbezitter kan op grond van het voorschrift *tegen derden dezelfde rechtsvorderingen instellen, die de rechthebbende op het goed toekomen*. Eggen merkte over deze formulering in zijn rapport over de titel 'Bezit' op:

Art. 16 geeft aan de daar bedoelde acties – opzettelijk? – geen naam, (...) ¹⁵¹⁷

Vanuit rechtshistorisch oogpunt is bescherming tegen 'bezitsverlies' en 'bezitsstoornis' voor meer dan één uitleg vatbaar, men kan die bescherming namelijk in verband brengen met uiteenlopende rechtsmiddelen: het *mandament van complainte*, het *mandament van maintenue* en de *actio spolii*, maar ook met de bezitsinterdicten en de *actio Publiciana* van het Romeinse recht. Hierboven zette ik uiteen dat Meijers zich met name heeft laten inspireren door twee rechtsmiddelen: de aan art. 618 OBW ten grondslag liggende *maintenue* als een soort korte procedure tegen bezitsstoornis¹⁵¹⁸ en de *actio Publiciana* voor bezitsverlies.¹⁵¹⁹ Doordat het voorschrift van de verjaringsbezitter een 'relatief

¹⁵¹³ Zie hierboven het citaat bij mijn noot 1303, waar Meijers in de Subcommissie het bewuste arrest aanhaalt (H.R. 1 Febr. 1932, N.J. 1932, 1425, W. 12410).

¹⁵¹⁴ B.W. 24, p. 9-10. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 617.

¹⁵¹⁵ Art. 5 concept luidde: Bezit wordt behalve door inbezitneming door levering of door opvolging onder algemene titel verkregen. J. Drion, Onderhoud met EMM over de afdeling BEZIT op 26 April '48 en later. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1725. Dit artikel is later in B.W. 23 omgenummerd tot art. 6.

¹⁵¹⁶ Zie hierboven, p. 292. Zo ook reeds de aanbeveling van Coninck Liefsting 1869, p. 580.

¹⁵¹⁷ B.W. 24a, p. 5. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 617.

¹⁵¹⁸ Vgl. hierboven, p. 162.

¹⁵¹⁹ Vgl. Gaius 4,36: '(...) Deze actie wordt verleend aan iemand die een zaak vordert waarvan hem op grond van een geldige reden het bezit verschaft is, dat hij echter weer verloren heeft, terwijl hij de zaak nog niet door verjaring verkregen had. (...)’ *Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit.*

eigenaar' maakt, beschikt deze tegen derden over alle bevoegdheden die ook de rechthebbende toekomen.¹⁵²⁰

Nochtans moeten deze rechtsvorderingen binnen het jaar na het verlies of de stoornis ingesteld worden. Deze zinsnede bevat het antwoord op de vraag die Meijers opwierp in zijn opstel over het Damhof-arrest: 'Het onredelijke resultaat van de causale leer moet dus goed gemaakt worden met een zakelijk bezitsrecht op roerend goed, dat tegen iedere houder (hoelang?) kan worden ingeroepen.'¹⁵²¹

Van Oven adviseerde de lengte van die termijn niet al te lang te maken:

(...) de wet moet een termijn stellen, te rekenen van het ontzetten des bezitters af, door welk tijdsverloop het bezitrecht verloren gaat. Die termijn moet zelfs kort zijn; juist omdat het bezitrecht een zo zwak zakelijk recht is. De billijkheid, die vorderde dat de bezitter beschermd zou worden tegen hem, qui non possidet, zou zelf gekrenkt zijn, wanneer dat recht, dat aan zulke zwakke vereisten verbonden is, na een lange tijd nog werkte. Het zou te onbillijk zijn hem, die jaren geleden eens bezeten had, te laten winnen tegen de tegenwoordige bezitter.¹⁵²²

Meijers bepaalde de termijn waarbinnen de relatief zakelijke vordering op een goed geldend gemaakt moet worden op één jaar. Bij het vaststellen van deze termijn schijnt hij het annale bezit van het *gewere*-recht uit het Italiaanse voorschrift te hebben overgenomen.¹⁵²³ Het Frankische gewoonterecht kende immers een sanctie op 'verzwijging' na een periode van jaar en dag, te weten: de verkrijging van het beste recht op het goed door de nieuwe bezitter.¹⁵²⁴ We vinden deze termijn eveneens terug in het eerste en tweede lid van de *Azione di manutenzione*, Meijers' blauwdruk voor het ontwerpvoorschrift. De ratio lijkt helder: het loutere bezit verschaft een recht op het goed en het verstrijken van de verzwijgingstermijn van jaar en dag maakt dit recht relatief sterker.¹⁵²⁵ Zo

¹⁵²⁰ Vgl. Meijers' uiteenzetting in de Subcommissie, weergegeven bij mijn noot 1302.

¹⁵²¹ Zie hierboven mijn noot 1329.

¹⁵²² Van Oven 1905, p. 70.

¹⁵²³ De *actio Publiciana* kon gedurende de gehele verjaringstermijn ingesteld worden tot aan de verkrijgende verjaring, zie D. 6,2,1,1: 'Terecht zegt de praetor: 'nog niet door verjaring is verkregen', want wanneer door verjaring is verkregen, heeft hij [de voormalige verjaringsbezitter, *HHR*] de actie van het ius civile en heeft hij geen behoefte aan de praetorische.' *Merito praetor ait 'nondum usucaptum': nam si usucaptum est, habet civilem actionem nec desiderat honorarium.*

¹⁵²⁴ Zie hierboven, p. 107.

¹⁵²⁵ Vgl. hier ook art. 19 (vgl. artt. 3.4.3.6 Ontwerp en 3:103 BW) van afdeling III 'Van verkrijging door verjaring' (B.W. 21). Art. 19 luidt: Een onvrijwillig bezitsverlies onderbreekt de loop der verjaring niet, mits het goed binnen het jaar terugverkregen wordt of een binnen het jaar ingestelde rechtsvordering tot terugbekoming van het goed leidt. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 609. Meijers Toelichting (B.W. 22)

bezien maakt het weinig uit of de relatieve sterkte van het recht voortvloeit uit een versteviging van het recht van de bezitter of een verzwakking van het recht van de ‘verzwijger’.¹⁵²⁶ Het kan voorkomen dat er meerdere personen bevoegd zijn om de zakelijke vordering van het eerste lid in te stellen, omdat zij allen in het afgelopen jaar feitelijk bezitter zijn geweest. Wanneer een eerste bezitter bezitsverlies lijdt, dan kan zich de situatie voordoen dat ook zijn opvolger het goed verliest, etc. Zolang dit plaatsvindt binnen de tijdspanne van één jaar is het mogelijk dat er meer personen zijn die de in het eerste lid genoemde rechtsvordering in mogen stellen: de rechthebbende, ex-bezitter nr. 1, ex-bezitter nr. 2, etc.¹⁵²⁷ Hierin wijkt de regeling niet af van de *actio Publiciana*. Over die laatste regeling schrijft Paulus:

Maar ook hij die slechts een ogenblik bezitter is geweest, maakt terecht gebruik van deze actie.¹⁵²⁸

Een huidige bezitter kan daardoor geconfronteerd worden met één of meerdere ex-bezitters. Volgens Meijers’ normaaltypentheorie wordt hun rangorde bepaald door hun onderlinge goederenrechtelijke positie: de oudere in tijd heeft het sterkere recht, *prior tempore potior iure*.¹⁵²⁹

Een vordering wordt afgewezen, indien de gedaagde tot het houden van het goed of tot de storende handeling gerechtigd was. Hier bepaalt het ontwerp dat de bezitsvordering kan worden ontkracht. Dit is logisch: het eerste lid brengt immers zakelijke bezitsbescherming tot stand door aan het bezit een *relatief* recht te koppelen. Vanzelfsprekend moet dit relatieve recht wijken voor absolute rechten van werkelijk rechthebbenden. Zo kunnen bijvoorbeeld rechthebbende deelgenoten van een onverdeeld aandeel in een nalatenschap tegen een vordering tot scheiding en deling van de bezitter verweer voeren dat zij hiertoe alleen met de *ware* rechthebbende willen overgaan.¹⁵³⁰ Het verweer dat het Ontwerp

vermeldt bij dit artikel (p. 4): ‘In dit artikel wordt zonder dat de hulp van een fictie ingeroepen wordt hetzelfde bepaald als thans krachtens de artikelen 601 onder 1^e en 622 B.W. voor onroerende goederen geldt. Welke vordering degene, die het bezit verloren heeft instelt om het goed terug te krijgen is onverschillig. Het kan de vordering van art. 16 uit de titel van Bezit zijn, maar het kan ook een vordering uit onrechtmatige daad of een vordering in kort geding zijn. Beslissend is slechts dat de vordering binnen het jaar na het verlies ingesteld is en dat krachtens de ingestelde vordering het goed teruggekregen wordt.’ NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 609.

¹⁵²⁶ Vgl. hierboven, p. 110. Zie ook Van Schaick 2003, p. 58, die zich afvraagt of de termijn van art. 3:125 lid 1 BW een verjarings- of een vervaltermijn is.

¹⁵²⁷ Vgl. Van Oven 1905, p. 70.

¹⁵²⁸ D. 6,2,12,7: Sed etiam is, qui momento possedit, recte hac actione experiretur.

¹⁵²⁹ Zie hierboven bij mijn noot 1452.

¹⁵³⁰ B.W. 24, p. 10 (Toelichting op art. 16). NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 617.

hen toekent stamt uit het Romeinse recht. Men noemde het het ‘verweer van rechtmatige heerschappij’, *exceptio iusti dominii*.¹⁵³¹ Meijers achtte het onmisbaar: hij wilde buiten twijfel stellen dat de bevoegdheden die het voorschrift aan de bezitter toekent relatief zijn, m.a.w. dat de bezitter zijn vorderingen niet tegen de *rechthebbende* kon instellen. Dit blijkt uit zijn antwoord op een vraag van Drion.

AD art. 16 nieuw: [Drion, *HHR*] is de slotzin van lid 1 niet overbodig: ook de vordering van de rechthebbende wordt toch afgewezen, als de gedaagde tot houden of stoornis gerechtigd was?

EMM: die zin doelt niet op het geval, dat de bezitter de zaak aan een houder heeft gegeven en daarna die houder met een actie tot afgifte aanspreekt, maar op het geval dat de bezitter de actie instelt tegen de rechthebbende zelf. Dit te bepalen is geenszins overbodig, want men heeft meermalen gesteld, dat de bezitter, zodra men hem een actie geeft en dus een recht, die actie met succes tegen een ieder moet kunnen instellen, zonder dat ooit de *exceptio iusti dominii* zou kunnen worden tegengeworpen. Deze stelling verwerpt de bedoelde zin.¹⁵³²

Een voorbeeld van de door Meijers verworpen zienswijze dat de bezitsactie ook ingesteld kan worden tegen de rechthebbende treffen we aan in het Ontwerp 1899.¹⁵³³ Meijers wenste een dergelijke bezitsactie te falen, vanuit de gedachte dat een relatief recht dient te wijken voor het werkelijke recht. Dit uitgangspunt staat ook in de weg aan verlening van een repliek, zoals de uit het Romeinse recht stammende repliek van onbehoorlijkheid, *replicatio doli*, of de repliek van de verkochte en de geleverde zaak, *replicatio rei venditae et traditae*.¹⁵³⁴

Kort en goed: bij strijd tussen een relatief rechthebbende en de rechthebbende dient volgens Meijers de rechthebbende het goed toegewezen te krijgen. Deze rangorde geldt dus zelfs wanneer de rechthebbende eigenrichting pleegt. Hieruit valt af te leiden dat de vordering van het eerste lid niet opgenomen is als een uitwerking van de actie uit onrechtmatige daad.¹⁵³⁵

In de Subcommissie werd de mogelijkheid aan de orde gesteld van verschillende uitkomsten in een bezitsactie enerzijds en de onrechtmatige daad en het kort geding anderzijds bij een eigenrichting plegende rechthebbende. Het

¹⁵³¹ Zie hierboven, p. 39.

¹⁵³² J. Drion, Onderhoud met EMM over de afdeling BEZIT op 26 April '48 en later. Aanvullend onderhoud op 24 Juni '48, art. 16. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1725.

¹⁵³³ Art. 34 Ontwerp 1899, hierboven weergegeven in mijn noot 1505.

¹⁵³⁴ Vgl. Jansen 2011, p. 35 (m.n. noot 49); Kaser 1971, p. 439. Zie ook Potjewijd 1998, p. 34 (noot 113).

¹⁵³⁵ Vgl. voor het oude recht het citaat van Land m.b.t. art. 619 OBW, weergegeven bij mijn noot 1127.

heeft er alle schijn van dat Meijers het bestaan van deze mogelijkheid niet heeft voorzien. Blijkens de hieronder weergegeven notulen verwierp hij niet alleen nadrukkelijk de zienswijze van De Jong, die *nota bene* het stelsel van het conceptvoorschrift verdedigde, maar geeft hij verder als zijn mening te kennen ‘dat de vraag wanneer eigenrichting geoorloofd is en wanneer niet, thans niet beantwoord kan worden.’ Ik acht dit antwoord onbevredigend: is dit nu juist niet een vraag die bij een regeling van bezitsbescherming bij uitstek bespreking verdient? Betreft het niet een kwestie die reeds Drucker van fundamenteel belang achtte voor een toekomstige wetgever?¹⁵³⁶

De heer VISSER VAN IJZENDOORN begrijpt niet, waarom – naar de slotzin van lid 1 volgens de Toelichting volgt¹⁵³⁷ – de bezitsactie tegen de eigenrichting plegende eigenaar zou moeten worden afgewezen, terwijl de bezitter in kort geding of bij onrechtmatige daadsactie in het gelijk zou moeten worden gesteld. Naar zijn mening moet er in dit opzicht geen verschil tussen genoemde rechtsmiddelen bestaan, zowel in de bezitsactie als in kort geding moet de eiser zijn vordering toegewezen krijgen, indien de status quo beschermd dient te worden. Volgens de heer DE JONG zal dit verschil in de praktijk niet bestaan, daar zijns inziens geen President de gedaagde zal gelasten de zaak terug te geven, als vaststaat dat die gedaagde de werkelijk rechthebbende is. De VOORZITTER [Meijers, *HHR*] echter ontkent dit ten stelligste: in een geval van ongeoorloofde eigenrichting wordt al sinds eeuwen de rechthebbende gedwongen eerst de status quo te herstellen, alvorens hij op geoorloofde wijze zijn recht geldend kan maken; *spoliatus ante omnia restituendus*.¹⁵³⁸ Wanneer eigenrichting geoorloofd is en wanneer niet, is een vraag die thans niet beantwoord kan worden. De vraag van de heer VISSER VAN IJZENDOORN of de slotzin van lid 1 niet ten gevolge zal hebben, dat de rechter ook een vordering uit onrechtmatige daad of in kort geding tegen de rechthebbende steeds zal afwijzen, beantwoordt de VOORZITTER ontkennend: mede om dat te verhinderen is het derde lid, en het woord “onverlet” daarin, opgenomen. De bedoelde slotzin moet echter wel duidelijker geformuleerd worden; de bezitsactie behoort te worden afgewezen, als de gedaagde een recht heeft, dat in abstracto de bevoegdheid tot het houden van de zaak of de het verrichten van de storende handeling in zich sluit.¹⁵³⁹

¹⁵³⁶ Zie het citaat hierboven bij mijn noot 329.

¹⁵³⁷ Die zin luidde: ‘Slechts tegen buitenstaanders, die nog minder recht hebben dan de eisende bezitter kan de vordering van dit artikel worden ingesteld.’ B.W. 24, p. 10. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 617.

¹⁵³⁸ Zie over deze rechtspreuk hierboven, mij noot 289.

¹⁵³⁹ Notulen van de Negentigste vergadering van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke wetgeving. Voortzetting van de bespreking van de Titel Bezit (B.W. No. 23, 24, 24a). Zie hierboven mijn noot 1374.

Meijers' rangregeling waarin het zakelijk recht de eerste plaats inneemt valt te begrijpen wanneer men haar ontstaan beziet vanuit de regeling van de *actio Publiciana* uit het Romeinse recht. Die actie werd namelijk niet geschapen met de bedoeling de zaak aan de eigenaar te ontnemen, sterker nog: de actie kende, anders dan de bezitsinterdicten, geen sanctie tegen de eigenrichting plegende bezitter.¹⁵⁴⁰ Maar het was ook mogelijk geweest om een andere rangregeling op te stellen, op grond van Meijers tweede inspiratiebron: de *maintenue*. Die stamt immers uit het Germaanse recht en dat kende géén uitzonderingen op het verbod van eigenrichting. Het bevatte wat men wel aanduidt als de *Defensivwirkung* van de *Gewere*: niemand mocht zonder een gerechtelijk vonnis uit zijn bezit gewezen worden.¹⁵⁴¹ In dit absolute verbod op eigenrichting vertoonde het Germaanse recht overigens sterke verwantschap met het canonieke recht.¹⁵⁴² In het canonieke recht wordt het verbod vaak weergegeven met de regel die Meijers aanhaalt: *spoliatus ante omnia restituendus*, de beroofde moet vóór alles in zijn oude staat teruggebracht worden.¹⁵⁴³ Meijers merkt op dat deze regel tegen eigenrichting al eeuwen toegepast wordt, óók op personen die een recht op het goed hebben. Ik maak uit deze opmerking op dat Meijers beseftte dat zijn conceptvoorschrift inderdaad een uitkomst kan opleveren die op gespannen voet staat met een eeuwenoude en algemeen aanvaarde praktijk. Dat het niet Meijers' bedoeling was om daar aan te tornen blijkt uit het gegeven dat Meijers het voorschrift in het latere ontwerp grondig heeft omgewerkt: hij bracht er wijzigingen in aan die voorkomen dat er verschillende uitkomsten mogelijk zijn bij het instellen van de bezitsactie enerzijds en de actie uit onrechtmatige daad en het kort geding in het geval van een eigenrichting plegende rechthebbende.¹⁵⁴⁴

¹⁵⁴⁰ Vgl. Zwolve 1978 (WPNR # 5429), p. 218: 'Wanneer de publiciaanse bezitter door de eigenaar in zijn bezit werd gestoord, werd hij niet door de a.P. beschermd, maar – zoals boven is aangetoond – wél door een bezitsinterdict. De exceptio vitiosae possessionis uit het interdictenbezit werkte dan immers ten nadele van de eigenaar die eigenrichting had gepleegd tegen de publiciaanse bezitter.' Zwolve verwijst naar D. 6,2,17: NERATIUS, *Notities* III. De Publiciaanse actie is niet gecreëerd met de bedoeling de zaak aan de eigenaar te ontnemen – een argument daarvoor is in de eerste plaats de billijkheid en vervolgens de exceptie 'indien de zaak niet van de bezitter is' – maar hierom, dat hij die te goeder trouw heeft gekocht en op grond daarvan bezit heeft verkregen, de zaak bij voorkeur moet behouden.' NERATIUS libro tertio membranarum. *Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio 'si ea res possessoris non sit': sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat.*

¹⁵⁴¹ Zie hierboven, p. 96 e.v.

¹⁵⁴² Zie hierboven, p. 115 en m.n. mijn noot 422.

¹⁵⁴³ Zie hierboven, p. 82 e.v.

¹⁵⁴⁴ Zie hieronder § 5.2.

5.1.2 Het tweede lid van het conceptvoorschrift

Het tweede lid ziet specifiek op de bescherming van degene die met *geweld* het bezit van een goed verkregen heeft. Het gaat dus om een vorm waarbij de voorgaande bezitter zijn bezit op onvrijwillige basis verloren heeft en uit de Toelichting blijkt dat Meijers bij het opstellen inspiratie heeft geput uit de regeling van de *Azione de manutenzione*.¹⁵⁴⁵

Ten allen tijde is degene, die zich met geweld in het bezit gesteld heeft, ongunstiger behandeld, dan een andere bezitter. De Romeinen kenden reeds de uitzondering voor de bezitter *vi*, *clam* aut *precario*, waarbij op te merken valt, dat een bezit *clam* aut *precario* geen bezit is, zodat alleen het bezit *vi* overblijft. Een overeenkomstige bepaling als het artikel voor door geweld verkregen bezit geeft, is ook in art. 1170 van het Italiaanse wetboek weer te vinden.¹⁵⁴⁶

Meijers' concept beoogde degene die zijn bezit met geweld verkregen een ongunstiger behandeling te geven dan andere bezitters. Het citaat verduidelijkt in de eerste plaats dat Meijers een dergelijke bezitter wel degelijk als (verjarings-)bezitter aanmerkte.¹⁵⁴⁷ Hij verwijst naar de Romeinse bezitsbescherming, waarin een beroep op interdictenbescherming van een dergelijk ontkracht kon worden met het verweer van gebrekkig bezit, de *exceptio vitiosae possessionis*.¹⁵⁴⁸ Het Romeinse recht merkte als 'gebrekkig bezitters' aan diegenen die hun bezit hadden verkregen met geweld (*vi*), heimelijk (*clam*) of ter bede (*precario*). Meijers geeft in de Toelichting als zijn mening te kennen dat van deze drie bezitsvarianten alleen met geweld verkregen bezit als bezit valt te beschouwen. Die opvatting werd bekritiseerd in de Subcommissie:

De heer DE JONG is van mening, dat, zeker nu ook bij roerend goed de bezitsactie gegeven wordt, het in lid 2 bepaalde moet worden uitgebreid tot het op heimelijke wijze verkregen bezit; bij diefstal zonder braak kan men toch moeilijk spreken van een door geweld verkregen bezit. Ook art. 1170 Italiaans B.W. stelt het clandestien verkregen bezit op één lijn met het gewelddadig verworven bezit. Naar de mening

¹⁵⁴⁵ Ik gaf de vertaling van deze regeling hierboven weer bij mijn noot 1504.

¹⁵⁴⁶ B.W. 24, p. 10. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 617.

¹⁵⁴⁷ Zie hierboven, § 1.3.1 van dit hoofdstuk. Het nieuwe recht verschilt van het oude recht omdat het niet als uitgangspunt neemt dat gewelddadige bezitsverkrijging aangemerkt wordt als een bezitsgebrek dat aan verjaring in de weg staat (vgl. art. 1993 OBW). Een andere opvatting treft men aan bij Van Schaick 2003 (Mon. Nieuw BW A-14), p. 19: 'Als het bezit niet aan aan de eisen van art. 1992 en 1993 (oud) BW voldoet, is er naar huidige Nederlands recht sprake van een vorm van machtsuitoefening die niet als bezit kan worden gekwalificeerd (en art. 3:116 BW gaat dus ten onrechte uit van het tegendeel).'

¹⁵⁴⁸ Zie over dit verweer hierboven, p. 25 e.v.

van de heer EGGENS moet het in lid 2 bepaalde gelden voor alle gevallen waarin bezit subjectief te kwader trouw verkregen wordt.¹⁵⁴⁹ De VOORZITTER zegt toe, een uitbreiding van lid 2 te zullen overwegen.¹⁵⁵⁰

Vooruitlopend op de behandeling van het latere ontwerpvoorschrift vermeld ik alvast dat de daarin gekozen formulering toont dat Meijers terugkwam op zijn standpunt dat men op heimelijke wijze geen bezit kan verkrijgen.¹⁵⁵¹ Terecht handhaaft hij daarin zijn mening dat niet als bezit beschouwd dient te worden datgene wat de Romeinen als *precarius* aanduiden, bezit ter bede: een bijzondere vorm van bruikleen die te allen tijde opzegbaar is. Het huidige recht kwalificeert een bruiklenner immers als detentor, het gegeven dat het Romeinse recht hem aanmerkte als bezitter heeft vooral een historische achtergrond.¹⁵⁵² Overigens is het de vraag of de zinsnede uit het Italiaanse voorschrift wel berust op het Romeinse recht, zoals Meijers kennelijk aanneemt, wanneer hij de gevallen van vitieus bezit bespreekt. Gezien de herkomst van het voorschrift lijkt het meer voor de hand te liggen dat de zinsnede het oog heeft op het onvrijwillig bezitsverlies uit het *gewere*-recht.

Het tweede lid van het concept stelt de volgende sanctie op een gewelddadige inbezitstelling: wie zich met geweld in het bezit van een goed heeft gesteld, *kan een vordering als in dit artikel bedoeld eerst instellen, nadat hij gedurende ten minste één jaar na het ophouden van het geweld ongestoord het bezit van het goed heeft gehad*. Meijers toelichting is summier: de ongunstiger behandeling dient als strafsanctie.

Daar ook voor een bezitter te kwader trouw een verjaring lopende is, verleent het artikel ook aan deze bezitter bescherming, gelijk trouwens art. 618 B.W. reeds thans ten aanzien van onroerende goederen bepaalt.

Slechts ten aanzien van hem, die een goed door geweld verkregen heeft, wordt voorgeschreven, dat hij een vordering als in dit artikel bedoeld is, eerst kan instellen, nadat hij gedurende ten minste een jaar na het ophouden van het geweld ongestoord bezit van het goed heeft gehad.¹⁵⁵³

Het heeft er alle schijn van dat Meijers het voorschrift simpelweg heeft gekopieerd van het Italiaanse voorbeeld en het heeft uitgelegd als een straf-

¹⁵⁴⁹ Dit betoogde hij al in zijn Rapport B.W. 24a, p. 7. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 617.

¹⁵⁵⁰ Notulen van de Negentigste vergadering van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke wetgeving. Voortzetting van de bespreking van de Titel Bezit (B.W. No. 23, 24, 24a). Zie hierboven noot 1374.

¹⁵⁵¹ Zie hieronder, p. 425.

¹⁵⁵² Zie hierboven, noot 82.

¹⁵⁵³ B.W. 24, p. 10. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 617.

bepaling. Maar de termijn in de Italiaanse *maintenue* diende een specifiek doel: het was een bepaling over de verzwijging bij het annale bezit.¹⁵⁵⁴ En de bepaling dient, naar mijn mening, dan ook te worden uitgelegd vanuit dat perspectief.¹⁵⁵⁵ Ik betoogde hierboven dat het annale bezit een Germaans begrip is.¹⁵⁵⁶ Het Germaanse recht stelde deze termijn als voorwaarde voor het ontstaan van een ‘rechte gewere’, van een ‘vraie saisine’. Maar deze voorwaarde was niet eenvormig: de literatuur bespeurt verschillen in de rechtsgevolgen die hieraan verbonden zijn in het Saksische dan wel het Frankische gewoonterecht.¹⁵⁵⁷ In het Franse gewoonterecht, de bron waarop de door Meijers gebruikte Italiaanse *maintenue* valt terug te voeren, leidde de *vraie saisine* tot verkrijging van het beste recht op het goed. Een ongestoorde uitoefening van het bezit zou het recht op het goed na het verstrijken van de zogeheten verzwijgingstermijn uiteindelijk onaantastbaar maken. Kortom: een ontzette oorspronkelijke bezitter verliest zijn bezitrecht wanneer hij, nadat hij in staat is geweest te klagen, deze kans gedurende de verzwijgingstermijn niet gebruikt.¹⁵⁵⁸ Zijn positie als bezitter wordt dan overgenomen door degene tegen wie hij kon klagen. Hierin ligt ook de oorsprong van de in het eerste lid van de *maintenue* genoemde klachttermijn van een jaar. Het is van belang er op te wijzen dat ook een bezitter die een ander op onvrijwillige wijze van zijn bezit had ontdaan in het Germaanse recht op bescherming kon rekenen: dat recht stond geen eigenrichting toe, evenmin kon een willekeurige derde een dergelijke bezitter uit zijn bezit zetten.

In de Subcommissie stelde Visser van IJzendoorn de sanctie aan de orde tegen degene die zijn bezit met geweld verkregen:

De heer VISSER VAN IJZENDOORN betwijfelt de juistheid van lid 2. Hij kan inzien, dat de geweldpleger eerst na een jaar de bezitsactie kan instellen tegen het slachtoffer van zijn geweld; maar waarom de geweldpleger gedurende een jaar ook tegenover een willekeurige derde vogelvrij zou moeten zijn, begrijpt de spreker niet. De VOORZITTER merkt op, dat van vogelvrij zijn geen sprake is, daar de geweldpleger steeds de actie uit onrechtmatige daad en het kort geding kan gebruiken. De gedachte, welke aan lid 2 ten grondslag ligt, is deze, dat bij door geweld verkregen bezit eerst na een zekere continuïteit de actie van dit artikel mag worden toegekend.¹⁵⁵⁹

¹⁵⁵⁴ Zie hierboven, p. 99 e.v.

¹⁵⁵⁵ Vgl. Eggens in zijn Rapport B.W. 24a, p. 7. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 617.

¹⁵⁵⁶ Zie hierboven, p. 100 e.v.

¹⁵⁵⁷ Zie hierboven, p. 106 e.v.

¹⁵⁵⁸ Zie hierboven mijn noot 384.

¹⁵⁵⁹ Notulen van de Negentigste vergadering van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke wetgeving. Voortzetting

Visser van IJzendoorn vertolkte het meerderheidsstandpunt: *iedere* bezitter dient de bescherming van het eerste lid toe te komen. De meerderheid van de Subcommissie wilde namelijk de rechtsbescherming van het eerste lid aan alle bezitters, ongeacht hun goede of kwade trouw.

De heer Eggens wil lid 1 beperken tot de bezitter te goeder trouw; (...). Naar zijn mening kan men aan de bezitter te kwader trouw geen andere acties toekennen dan de in lid 3 bedoelde. De andere aanwezigen zijn echter van mening, dat ook aan de bezitter te kwader trouw de in lid 1 genoemde rechtsbescherming moet toekomen.¹⁵⁶⁰

Meijers heeft de mening van de meerderheid tot de zijne gemaakt: in zijn latere Ontwerp wordt de bescherming van het eerste lid geboden aan iedere bezitter, ongeacht of hij te goeder trouw was en ongeacht de wijze van verkrijging van zijn bezit.

5.1.3 *Het derde lid van het conceptvoorschrift*

Het derde lid van het conceptvoorschrift verwijst naar wat we sinds het verschijnen van Van Ovens proefschrift veelal plegen aan te merken als ‘politiebezitsbescherming’.¹⁵⁶¹ De Toelichting luidt:

Gelijk reeds opgemerkt is, is een bezitsbescherming om tweeërlei redenen denkbaar. In de eerste plaats wegens het eigenmachtig optreden van hem die stoort, een handelwijze die onrechtmatig is zelfs al zou de rechthebbende haar bij wijze van eigenrichting toepassen. (...)

Het ontwerp erkent beide wijzen van bezitsbescherming. De eerste laat zij over aan twee meer algemene regelingen, die deze bescherming ook omvatten: de vordering tot herstel wegens onrechtmatige daad en de voorziening in kort geding wegens de verbreking van een status quo. Reeds thans hebben deze twee rechtsvorderingen bijna geheel de functie van de vroegere bezitsactie tegen ongeoorloofde eigenrichting overgenomen. Deze twee acties kunnen overigens door iedere houder, die onrechtmatig uit zijn houderschap is gezet worden ingeroepen.¹⁵⁶²

De tekst van het derde lid staat niet op zichzelf, om het te kunnen begrijpen dient men het in de eerste plaats te lezen in samenhang met het eerste en tweede

van de bespreking van de Titel Bezit (B.W. No. 23, 24, 24a). Zie hierboven mijn noot 1374.

¹⁵⁶⁰ Notulen van de Negen en Tachtigste Vergadering van de Subcommissie, zie mijn noot 1229.

¹⁵⁶¹ Zie hierboven, p. 89.

¹⁵⁶² B.W. 24, p. 9. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 617.

lid. Verder helpt het kennis te nemen van een door Meijers' verricht onderzoek naar de rechtstoepassing met betrekking tot bezitsvorderingen en vorderingen uit onrechtmatige daad. Bezien we eerst de tekst van het voorschrift nader.

Het in dit artikel bepaalde, laat het recht van een houder of bezitter. Meijers omschrijft in het derde lid de kring van gerechtigden die weliswaar uitgesloten zijn van de zakelijke bescherming, maar een beroep kunnen doen op politionele bezitsbescherming. Deze kring van gerechtigden bestaat uit personen die de zakelijke bescherming niet deelachtig kunnen worden, dan wel onwaardig zijn: de zakelijke bescherming is immers gericht op verkrijging van de zaak door verjaring. Hiervan werden uitgesloten: bezitters die hun bezit verwaarlozen door zich te verzwijgen, onwaardige bezitters die geweld gebruikten om hun bezit te verwerven en houders, omdat zij sowieso niet kunnen verjaren.

Onverlet, om, indien daartoe gronden zijn. De in het voorschrift gegeven zakelijke bescherming staat in principe niet in de weg aan andere rechtsmiddelen.

Een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen of een voorziening in kort geding te vragen. Deze zin verwijst naar de politionele bescherming. Die – niet op het goed gerichte – bescherming is volgens Meijers het middel tegen ongeoorloofde eigenrichting. Daarom nam hij deze bescherming niet op in de zakelijke vordering van het eerste lid, maar liet hij haar over aan de meer algemene regelingen van de actie uit onrechtmatige daad en het kort geding.

Het voorschrift van het derde lid werd dus in de eerste plaats opgenomen als complement van de zakelijke bescherming van het eerste en tweede lid. Meijers schiep één conceptvoorschrift, dat gericht was op bezitsbescherming en daarom beide grondslagen bevatte.

Men kan zich echter afvragen of het nodig is om te verwijzen naar de regeling van politionele bescherming als die toch haar uitwerking vindt in elders geplaatste voorschriften.¹⁵⁶³ Dat Meijers het desalniettemin nodig achtte om bij zijn regeling van bezitsbescherming tevens te verwijzen naar de politionele bescherming, houdt ongetwijfeld verband met de uitkomst van zijn onderzoek naar de verhouding tussen zakelijke rechtsovereenkomsten en rechtsovereenkomsten uit onrechtmatige daad, dat in 1912 in het *WPNR* verscheen. Het bleek Meijers dat rechters steevast het recht verkeerd toepasten: wanneer zij een bezitsvordering afwezen, dan behóórden zij vervolgens na te gaan of de gepresenteerde feiten misschien nog aanleiding gaven tot toewijzing van een onrechtmatige daad.¹⁵⁶⁴

¹⁵⁶³ Zie bijv. het onbegrip over het ontwerpvoorschrift bij: Gerbrandy 1960, p. 255-256.

¹⁵⁶⁴ Meijers eist hier toepassing van het adagium *ius curia novit*: de rechter kent het recht. Dat houdt in dat partijen slechts feiten hoeven aan te voeren en bewijzen, het is de taak van de rechter om hierbij de toepasselijke rechtsregels te vinden en deze toe te passen. Zie in dit verband art. 48 Rv (oud): De registers moeten bij hunne beraadslagingen van

Dit lieten zij echter veelal na: alleen een vonnis van de rechtbank te Alkmaar getuigde volgens hem van een juiste rechtsopvatting.

Naast een ganse reeks van arresten en vonnissen, waarin aldus nodeloos een niet-ontvankelijkheid of ontzegging van eis is uitgesproken heb ik slechts één uitspraak gevonden, waarin het juiste standpunt is ingenomen. Het is het vonnis van de Rb. te Alkmaar van 9 mei 1895, P. v. J. 95, 75. Gevraagd was door de eiser handhaving in het bezit benevens vergoeding van kosten, schaden en interessen. De Rechtbank besliste, dat het gestelde geen grond kon opleveren tot een actie tot handhaving in het bezit. Desniettemin werd de vordering tot schadevergoeding toegewezen en zulks op deze grond:

“O. dat toch hoezeer die schadevergoeding door de eiser wordt gegrond op de beweerde bezitsstoornis, uit welken hoofde die toewijzing als hiervoren betoogd, hem niet kan volgen, het evenbedoelde feit een daad oplevert, waartoe de gedaagde erkent generlei recht of bevoegdheid te hebben gehad, waardoor hij mitsdien eisers’ genot van diens eigendom schond en welke daad mitsdien is een *onrechtmatige* [cursivering, *HHR*], op grond, waarvan met aanvulling door de rechtbank van de rechtsgronden de eiser zijn vordering tot schadevergoeding behoort te worden toegewezen.”

Moge ook ditmaal van Alkmaar de victorie beginnen.¹⁵⁶⁵

5.2 Van het concept- naar het ontwerpvoorschrift: art. 3.5.17

Op 3 mei 1954 publiceerde Meijers het eerste deel van zijn Ontwerp.¹⁵⁶⁶ Wanneer we het voorschrift over bezitsbescherming vergelijken met dat van het concept, dan valt op dat Meijers met name het tweede lid heeft aangepast. Het voorschrift luidt als volgt:

Art. 17 (Ontwerp).

1. Hij die het bezit van een goed heeft verkregen, kan op grond van een daarna ingetreden bezitsverlies of bezitsstoornis tegen derden dezelfde rechtsoverdrachten instellen tot terugverkrijging van het goed en tot opheffing van de stoornis, die de

ambtswege de rechtsgronden aanvullen welke niet door de partijen mogten zijn aangevoerd. Over dit voorschrift vermeldt Van Rossem/Cleveringa 1972 (I), p. 336, noot 21: ‘Dat ‘aanvullen’ ook het nieuw bijbrengen van andere dan door een partij aangevoerde rechtsgronden door den rechter mede omvat, wordt algemeen aangenomen: van Rossem in noot 1 op blz. 94 bij zijn aant. 1 op art. 48 de Kanter t.a.p. in noot 6, blz. 36; Haardt, HNJV 1951, I, blz. 57; Wiersma, RMTh 1966, blz. 472; H.R. 28 december 1883, W. 4998; 16 maart 1922, NJ 1922, blz. 504, W 10917 (waarover Star Busman in W 10927). Meijers 1912 (*WPNR* # 2243), p. 611; *VPO* II, p. 79.

¹⁵⁶⁵

¹⁵⁶⁶ Florijn 1994, p. 170.

rechthebbende op het goed toekomen. Nochtans moeten deze rechtsvorderingen binnen het jaar na het verlies of de stoornis worden ingesteld.

2. De vordering wordt afgewezen, indien de gedaagde een beter recht dan de eiser tot het houden van het goed of het verrichten van de storende handeling heeft, tenzij de gedaagde met geweld of op heimelijke wijze aan de eiser het bezit heeft ontnomen of diens bezit heeft gestoord.

3. Het in dit artikel bepaalde laat het recht van een houder of bezitter onverlet om, indien daartoe gronden zijn, ook meer dan een jaar na het bezitsverlies een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen, of in kort geding als voorziening bij voorraad opheffing van een stoornis of herstel van een vorige toestand te eisen.¹⁵⁶⁷

5.2.1 *Het eerste lid van het ontwerpvoorschrift*

De kern van het voorschrift bleef intact: het maakt van een (verjarings-)bezitter een relatief rechthebbende door hem dezelfde rechtsvorderingen te verschaffen tegen bezitsverlies en -stoornis die de rechthebbende toekomen.

Het aldus verkregen relatieve recht werkt vanzelfsprekend alleen tegen derden: het is bedoeld om ‘bescherming te verlenen tegen andere personen, die in ieder geval minder dan hijzelf met het goed te maken hebben, nl. die noch enig recht noch een bezit, of alleen bezit dat ten koste van de vroegere bezitter verkregen is, voor zich kunnen invoeren’.¹⁵⁶⁸ De aan de bezitter toegekende vorderingen worden in het Ontwerp nader gespecificeerd: het gaat om vorderingen tot terugverkrijging van het goed en tot opheffing van de stoornis. De verduidelijking is ongetwijfeld opgenomen naar aanleiding van vragen van diverse leden van de Subcommissie.¹⁵⁶⁹ Verder handhaafde Meijers de ‘verzwijgings-termijn’ van één jaar waarbinnen de vorderingen van de relatief rechthebbende moeten worden ingesteld.

5.2.2 *Het tweede lid van het ontwerpvoorschrift*

Het tweede lid van het ontwerpvoorschrift heeft grote wijzigingen ondergaan. Allereerst valt op dat de bescherming van het voorschrift zich in het Ontwerp – anders dan in het conceptvoorschrift – nu óók uitstrekt tot bezitters die hun bezit met geweld hebben verkregen. Dit geschiedde ongetwijfeld naar aanleiding van de kritiek van Visser van IJendoorn.¹⁵⁷⁰ Het begin van het tweede lid stelt buiten twijfel dat het Ontwerp het relatieve recht van de bezitter zwakker acht dan het recht van de rechthebbende: de bezitter kan het verweer van rechtmatige

¹⁵⁶⁷ Meijers 1954/1955 (Ontwerp), p. 129.

¹⁵⁶⁸ Meijers 1954, (Toelichting), p. 239.

¹⁵⁶⁹ Zie de weergave van de notulen bij mijn noot 1302.

¹⁵⁷⁰ Zie het citaat bij mijn noot 1559.

eigendom, *exceptio iusti dominii*, worden tegengeworpen.¹⁵⁷¹ Het vervolg van het tweede lid, dat handelt over de afwijzing van het verweer van de werkelijk rechthebbende, maakt in de eerste plaats duidelijk dat Meijers nu ook meent dat men behalve met geweld ook op heimelijke wijze bezit kan verwerven.¹⁵⁷² Hij had al aan het Subcommissielid De Jong toegezegd uitbreiding van het tweede lid te overwegen.¹⁵⁷³ De belangrijkste wijziging ten opzichte van het concept is echter de relativisering van de kracht van het verweer van rechtmatige eigendom. In het concept was het beroep op de eigendom beslissend, in het Ontwerp maakt Meijers dit beroep ondergeschikt aan het verbod van eigenrichting.

Op de regel dat tegen degene die een beter recht heeft, de vordering van dit artikel niet kan worden ingesteld, wordt een uitzondering gemaakt voor het geval die rechthebbende met geweld of op heimelijke wijze aan de eiser het bezit heeft ontnomen of diens bezit gestoord. Alsdan is de handeling als een onrechtmatige inbreuk op het bezit te beschouwen en rechtvaardigt deze onrechtmatige inbreuk een rechtsvordering tot herstel.¹⁵⁷⁴

De ratio is helder: in het geval van onrechtmatige eigenrichting dient de rechthebbende eerst gedwongen te worden de status quo te herstellen, alvorens hij op geoorloofde wijze zijn recht geldend kan maken; *spoliatus ante omnia restituendus*.¹⁵⁷⁵ Dit is de grondslag van de wijziging: zij stamt uit de bezitsbescherming van het canonieke recht, dat in dit opzicht gelijkenis vertoont met het *gewere*-recht. Deze rechtsbronnen kenden een absoluut verbod op eigenrichting.¹⁵⁷⁶

Welbeschouwd bevat de tweede zinsnede een *rangregeling* voor het geval dat de zakelijke functie in conflict komt met de politionele functie van bezit. Een dergelijke regeling was noodzakelijk omdat Meijers aan het feitelijke bezit een relatief zakelijk *recht* koppelde. En aan dit recht mocht het hogere recht worden tegengeworpen. In de oude regeling bestond een waterscheiding tussen bezits-

¹⁵⁷¹ Zie hierboven het citaat bij mijn noot 1532.

¹⁵⁷² Zie hierboven het citaat bij mijn noot 1546.

¹⁵⁷³ Zie hierboven het citaat bij mijn noot 1550.

¹⁵⁷⁴ Meijers 1954 (Toelichting), p. 240.

¹⁵⁷⁵ Zie hierboven het citaat bij mijn noot 1539.

¹⁵⁷⁶ Dat recht stond eigenrichting tot op zekere hoogte toe, zowel in de *actio Publiciana* als in de bezitsinterdicten. In het Romeinse recht was de *actio Publiciana* bedoeld voor de verjaringsbezitter en de interdicten voor de 'gewone' bezitter. Meijers hoefde zich niet om dit onderscheid te bekommeren omdat hij van alle bezitters verjaringsbezitters maakte (zie noot 1300). Overigens kon men ook in het Romeinse recht in bepaalde gevallen een beroep doen op de onrechtmatigheid van de gedraging van de eigenaar, namelijk in die gevallen waar een beroep werd toegestaan op het zogeheten verweer of de repliek van onbehoorlijk gedrag, *exceptio/replicatio doli*. Zie hierboven, p. 415. Vgl. bijv. Lokin 2012, p. 50 e.v. (P # 11).

en eigendomsacties: ze mochten niet gecombineerd worden.¹⁵⁷⁷ Het Ontwerp daarentegen kent een bezitsactie die het wèl toegestaan om verweer te voeren met een beroep op een beter recht.¹⁵⁷⁸ Hierdoor rees de vraag of bij een geschil het beroep op het hogere recht de doorslag dient te geven, of dat de uitoefening van een hoger gerangschikt recht aan beperkingen onderhevig moest zijn. Meijers bracht een beperking aan en hij kon zich daarvoor beroepen op een rechtsstelsel dat reeds eeuwenlang bezit beschouwde als een recht.

De ontwerpregeling van de zakelijke bezitsbescherming heeft blootgestaan aan felle kritiek.¹⁵⁷⁹ Die lijkt vooral veroorzaakt doordat Meijers de bescherming niet grondde op één rechtsstelsel. Bezien vanuit het perspectief van het canonieke en het Germaanse recht, die zoveel waarde hechtten aan de bescherming tegen onrechtmatige eigenrichting, valt moeilijk te begrijpen dat deze bescherming niet ten deel valt aan de houder/detentor. Hieraan staat echter in de weg het gegeven dat Meijers als uitgangspunt het Romeinsrechtelijke verjaringsbezit neemt. Immers: alleen deze bezitters kunnen in het het Ontwerp tot absoluut gerechtigde promoveren, houders niet. Meijers' gebruik van bouwstenen uit het Romeinse recht enerzijds, en uit het Germaanse en canonieke recht anderzijds heeft verwarring gesticht. En Meijers vergrootte deze verwarring toen hij de regel *spoliatus ante omnia restituendus* uitwerkte met behulp van het Romeinsrechtelijke begrippenkader: hij gebruikte woorden die lijken te verwijzen naar de repliek van gebrekkig bezit, *replicatio vitiosae possessionis* [ook wel bekend als de *replicatio vi, clam (aut precario)*]. Hierdoor vatte bij sommige rechtsgeleerden ten onrechte de gedachte post dat de regeling in zijn geheel viel te begrijpen vanuit het Romeinse recht. Maar dat bleek een onmogelijke opgave.

Zo werd al spoedig na het verschijnen van het Ontwerp vanuit het Departement van Wetgeving de volgende kritiek geuit: 'De vermelding van de *replicatio vi aut clam* (lid 2) slotzinsnede in de zakenrechtelijke bezitsactie van art. 17 heeft zeer de aandacht van onze commissie getrokken.'¹⁵⁸⁰ De commissie achtte deze repliek alleen op haar plaats in politionele bezitsacties als de onrechtmatige daad en het kort geding en stelde voor om haar te schrappen. Hiertegen verzette zich De Jong.¹⁵⁸¹ Hij antwoordde:

¹⁵⁷⁷ Vgl. de artt. 130-132 en 250 Rv (oud). Zoals ik in mijn inleiding vermeldde, laat ik een bespreking van deze artikelen achterwege. Zie hierover nader: Gerbrandy 1960, p. 254 en Zwalve (*WPNR* # 5429), p. 218.

¹⁵⁷⁸ Deze omstandigheid kan de vraag oproepen of er wel sprake is van een bezitsactie. Ik beantwoord deze vraag bevestigend in de hoofdtekst.

¹⁵⁷⁹ Zie § 4 van dit hoofdstuk.

¹⁵⁸⁰ Voorstel R.O. boek 3, 25 juni 1954 – art. 3.5.17. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 523.

¹⁵⁸¹ Zie hierboven het citaat bij mijn noot 1539.

Salva reverentia meen ik, dat het Dep. is misleid door de uitdrukking “beter recht”. In de gedachtengang van Prof. Meijers is de werkelijk rechthebbende de persoon die het “betere recht” heeft (zie de voorbeelden in de toelichting). De strekking van het slot van lid 2 is deze: als de werkelijk rechthebbende zich vi aut clam van de zaak heeft meester gemaakt, helpt zijn beter recht hem niet tegenover de vordering tot terugverkrijging van de zaak. Hij moet dan maar revindiceren. *Deze regel is in een rechtsstaat onmisbaar en ik moet met klem tegen schrapping waarschuwen* [cursivering, HHR].¹⁵⁸²

Ook Gerbrandy liep stuk op de mogelijkheid op ontkrachting van het recht van de rechthebbende:

Kortom, wij zien niet recht het nut van een bezitsactie tegen de eigenaar die de rechter toewijzen *moet* (cursivering Gerbrandy), terwijl bij voorbaat vaststaat dat ten slotte de uitsluitende macht tóch weer bij de rechthebbende moet komen. Men dient voor ogen te houden dat de exceptio vitiosae possessionis in wezen thuis hoort in een systeem waarin de bezitsprocessen én materieel én processueel een afzonderlijke materie vormden.¹⁵⁸³

Zwalve stelt terecht vast dat er verschillende uitgangspunten lijken te spelen, maar ook hij benadert het voorschrift volledig vanuit het Romeinse recht.

De zinsnede ‘tenzij de gedaagde met geweld of op heimelijke wijze etc.’ uit het tweede lid van het artikel past echter niet bij de actio Publiciana; zij is veeleer in

¹⁵⁸² Glossen van Mr F.J. de Jong bij de nota van P&F [Polak en Franken, zie noot 1200 HHR] over art. 3.5.17, 10 september 1954. NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 523.

¹⁵⁸³ Gerbrandy 1960, p. 254. Overigens neemt Gerbrandy in zijn uitwerking steeds aan dat de beter gerechtigde de *eigenaar* is. Omdat die reeds beschikt over de revindicatie, komt het Gerbrandy voor dat de clause onnodig tijdsverlies oplevert. Maar tegenover de bezitter hóeft niet steeds de eigenaar te staan: de vordering kan óók binnen het jaar ingesteld worden door een ex-bezitter tegen de nieuwe bezitter. Diens rechtspositie verschilt van die van de eigenaar, omdat hij niet beschikt over de revindicatie. Nu kan het zo zijn, zeker wanneer de nieuwe bezitter het bezit heeft verkregen door diefstal, dat de emoties bij een ex-bezitter hoog oplopen en hij met geweld of heimelijk probeert zijn bezit te herkrijgen. Hierop stelt nu het tweede lid de sanctie dat hij dan de hem in het eerste lid verleende mogelijk tot terugvordering verliest, zodat hij met lege handen komt te staan. Het is duidelijk dat het tweede lid dient ter handhaving van de gevestigde orde: die mag alleen met juridische middelen doorbroken worden. In die zin beschikt het ontwerp, en het latere B.W., over wat Vuye aanduidt als een *sanctionerende* werking: hierbij beveelt de rechter herstel in de toestand van voor de stoornis en schort hij zijn oordeel over het recht tijdelijk op. Anders: Vuye 1995, p. 1006.

strijd met de ratio van dit instituut. De repliek die hier aan de eiser wordt gegeven, hoort thuis bij het interdictenbezit.¹⁵⁸⁴

Ik acht de zinsnede ‘tenzij de gedaagde met geweld etc.’ zinvol: ze verwoordt de oude rechtsnorm dat iemand alleen door het gerecht uit zijn bezit gewezen mag worden.¹⁵⁸⁵ Dat deze norm destijds nog niet algemeen gedeeld werd, blijkt niet alleen uit het eerste concept van Meijers, maar ook uit de kritiek van het Departement en van Gerbrandy.¹⁵⁸⁶ Ook Van Oven verzette zich in zijn proefschrift tegen deze norm: ‘Wanneer iemand van een ander een zaak wegneemt, en er mee wegloopt, dan moet die ander niet gedwongen zijn, eerst aan de rechter teruggave van die zaak te vragen, maar hij moet de bevoegdheid hebben, haar de dief dadelijk weer te ontnemen.’¹⁵⁸⁷

In al deze standpunten wordt eigenrichting in meer of mindere mate gebilijkt. Ik kan mij daarmee niet verenigen: de juridische weg lijkt mij juist voor dit soort situaties voorgeschreven. En daarin lijkt het verder wel zinvol om helder voor ogen te hebben of de rechthebbende onrechtmatig heeft gehandeld. Ook al is iedere absoluut rechthebbende in staat om een tegen hem ingestelde vordering tot herstel te pareren door in reconventie een eigendomsactie in te stellen, het kan geen kwaad, zeker niet in verband met eventuele nevenvorderingen, om in die procedure een eventueel onrechtmatig handelen vastgesteld te hebben.

¹⁵⁸⁴ Zwolve 1978 (*WPNR* # 5429), p. 218. Vgl. voor het wetsvoorschrift van art. 3:125 BW: Vuye 1995, p. 161.

¹⁵⁸⁵ Zie hierboven, p. 170.

¹⁵⁸⁶ Zie ook Gerbrandy 1960, p. 253: ‘Boven werd reeds aangetoond dat een daad van stoornis of bezitsherneming vanwege de eigenaar als regel rechtmatig is en buiten het bereik van de bezitsacties valt. De eigenaar dus die een paar paaltjes van een grensafscheiding uit de rond trekt en/of vee van de bezitter verdrijft, zodoende zijn eigen rechten hernemend, handelt niet onrechtmatig.’

¹⁵⁸⁷ Van Oven 1905, p. 198. Overigens toont Van Oven zich genuanceerder dan de andere bronnen die ik weergaf: het moet gaan om een *dadelijke* herneming. Van Oven vervolgt namelijk: ‘Hij zal daarmee niet mogen wachten, zal onmiddellijk moeten te werk gaan: Wanneer de dief de zaak reeds in zijn huis heeft gebracht, zal hij dar niet meer zonder staatshulp mogen weghalen.’ Hij grondt dit standpunt op D. 43,16,17: JULIANUS, *Digesten* XLVIII. Wie een met geweld ontroofde bezitting met geweld bij hetzelfde handgemeen terugkrijgt, moet veeleer geacht worden in zijn oorspronkelijke rechtspositie te zijn teruggekeerd dan dat hij met geweld bezit. Daarom zal, als ik u verdreven heb, meteen daarna u mij en tenslotte ik u, het interdict ‘Vanwaar met geweld’ door u met succes kunnen worden gebruikt. *IULIANUS libro quadragensimo octavo digestorum. Qui possessionem vi ereptam vi in ipso congresso reciperat, in pristinam causam reverti potius quam vi possidere intellegendus est: ideoque si te deiecero, ilico tu me, deinde ego te, unde vi interdictum tibi utile erit.*

5.2.3 *Het derde lid van het ontwerpvoorschrift*

Meijers handhaafde in de verwijzing naar de onrechtmatige daad en het kort geding. Hij vulde de formulering van het concept echter op twee punten aan. De eerste toevoeging verduidelijkt dat de in het eerste lid genoemde termijn niet van toepassing is op de politionele bezitsvorderingen: die kunnen *ook meer dan een jaar na het bezitsverlies* nog worden ingesteld. De tweede toevoeging verduidelijkt het object van het kort geding: men behoudt eveneens het recht om in kort geding als voorziening *bij voorraad opheffing van een stoornis of herstel van een vorige toestand te eisen*. Meijers heeft het derde lid dus inhoudelijk niet aangepast.

Niet iedere schrijver waardeert het derde lid. Met name Gerbrandy oefende er kritiek op uit: ten eerste acht hij het letterlijk ‘mis-plaatst’. Hij komt tot dit oordeel omdat hij houderschap als tegenstelling van bezit opvat.

Behalve de bezitter heeft men ook aan de houder een recht toegekend. En de houder, de *nudus detentor* is toch per definitie iets anders dan de bezitter, is een rechtsfiguur die wij gaarne omschrijven aan de hand van vergelijking met en tegenstelling tot de bezitter. Waar nu het opschrift van de titel [Bezit, *HHR*] geen twijfel laat, schijnt ons de bepaling “mis-plaatst”.¹⁵⁸⁸

Op deze zienswijze valt wel wat af te dingen: Van Oven waarschuwde er reeds voor dat men in het Ontwerp de begrippen bezit en houderschap niet als tegengestelde grootheden mag opvatten.¹⁵⁸⁹ De regeling van het Ontwerp toont verder Meijers’ opzet om in één voorschrift een regeling te geven voor zakelijke en politionele bezitsbescherming. Ik heb hierboven uiteengezet dat deze aanduidingen een eenheid van het bezitsbegrip suggereren, terwijl die eenheid in werkelijkheid ontbreekt.¹⁵⁹⁰ Anders gezegd: zodra men een beschermingsregeling opstelt voor zowel *possessoires* en *Realbesitzers* zal men daarin per definitie

¹⁵⁸⁸ Gerbrandy 1960, p. 255

¹⁵⁸⁹ Van Oven 1958 (*WPNR* # 4539), p. 241: ‘Wat is nu naar het ontwerp bezitten en wat houden? Men moet zich om dit te begrijpen allereerst losmaken van de – vermoedelijk ook naar ons huidige recht niet juiste – gedachte dat bezitten en houden een scherpe tegenstelling vormen. In het ontwerp is een bezitter altijd een houder, maar een houder niet steeds een bezitter. Houden is het genus begrip, bezitten is een species van houden.’

¹⁵⁹⁰ Zie ook Bregsteins opmerking, aangehaald bij mijn noot 1189.

Zie hierboven, p. 89.

ook houders/detentors aantreffen.¹⁵⁹¹ Gerbrandy miskent dit door zijn gericht-
heid op het Romeinsrechtelijke bezitsbegrip.¹⁵⁹²

Verder meent Gerbrandy dat het derde lid nieuwe rechtsaanspraken schept:

Aan de betrokkenen wordt een vordering uit onrechtmatige daad toegekend, althans er wordt gesteld dat hun deze vordering niet ontvalt. Casu quo zal dus de bezitter ageren *niet als bezitter* maar als gelaedeerde door een onrechtmatige daad, aan wie door de schuld van een ander schade is veroorzaakt. (...) Zo zien wij in de titel over bezit geplaatst een bepaling die behalve op bezit ook op iets anders (houderschap) betrekking heeft, die gewaagt van een rechtsvordering welke kan worden toegewezen als de eiser geen bezitter is en afgewezen, ook als hij dat wél is, omdat voor die rechtsvordering wezenlijk andere vereisten gelden. *En ware het nu bloot een verwijzing en een uitsluiting van twijfel over samenloop, het zou ons wél wezen, maar het betreft hier een nieuwe figuur, het betreft een uitdrukkelijke toekenning van een (obligatoir) recht.* [cursivering, HHR]. De politionele functie van de bezitsbescherming (bezit – en in het ontwerp ook houderschap – als constitutieve voorwaarde voor een vordering uit onrechtmatige daad) komt hier even om de hoek kijken. Wij stellen derhalve voor, dat het derde lid van 3.5.17 vervalt en dat in het verbintenissenrecht een specifieke vorm van onrechtmatige daad wordt omschreven, waarbij schending van bezit en houderschap bepaaldelijk wordt behandeld.¹⁵⁹³

Gerbrandy ontkent dat er in het derde lid een blote verwijzing plaatsvindt naar de onrechtmatige daad: hij stelt dat het derde lid uitdrukkelijk een verbintenisrechtelijk recht aan de houder en aan de bezitter toekent.¹⁵⁹⁴ Hij onderbouwt deze stelling echter niet en ik meen dat ze ook niet te onderbouwen valt. Er is hier geen sprake van de creatie van een nieuwe rechtsvordering voor houder en bezitter, maar domweg een verwijzing naar reeds bestaande rechtsmiddelen. Dat blijkt uit de Toelichting, de verwijzing daarin naar jurisprudentie, maar vooral uit de totstandkomingsgeschiedenis van het derde lid.

¹⁵⁹¹ In dezelfde zin: Beekhuis 1956 (WPNR # 4464), p. 405: 'Bezien wij nu in het licht van deze vernieuwing de tegenstelling tussen bezit en detentie, dan blijkt, dat deze voor de bezitsbescherming haar betekenis grotendeels heeft verloren.'

¹⁵⁹² Vgl. Gerbrandy 1960, p. 232: 'Het bezit heeft twee wortels in het Romeinse recht [*usus* en *possessio*, HHR] en het heeft zijn oorsprong geenszins verraden.'

¹⁵⁹³ Gerbrandy 1960, p. 255-256.

¹⁵⁹⁴ Vgl. Vuye 1995, p. 996: 'Gerbrandy heeft ooit opgemerkt dat art. 3:125, 3 N.B.W., dat voorziet in de mogelijkheid voor de bezitter of de detentor om ook na verloop van een jaar een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen, beter werd ondergebracht bij het verbintenissenrecht als een specifieke vorm van onrechtmatige daad. O.i. terecht, nu deze bepaling waarschijnlijk een restant is van art. 624 B.W. 1838. Dit verklaart de opname in de titel over bezit en houderschap.'

5.3 Van het ontwerp- naar het wetsvoorschrift: art. 3:125 BW

Na het verschijnen van het Ontwerp achtte de Minister het nodig om het opschrift van de vijfde titel van Boek 3 te wijzigen van “Bezit” naar “bezit en houderschap”.¹⁵⁹⁵ Deze wijziging valt te betreuren, omdat zij bij de lezer de onjuiste gedachte kan doen postvatten dat de huidige wet de vanouds gebruikelijke terminologie aanhoudt en het begrip ‘houden’ gebruikt als synoniem voor detentie.¹⁵⁹⁶ Onder meer bij het voorschrift voor bescherming van bezit is het van belang het uitgangspunt van de bezitsregeling voor ogen te houden dat bezit een deelverzameling is van houderschap: ook een bezitter is dus houder. De tekst van het voorschrift luidt:

Art. 3:125 BW.

1. Hij die het bezit van een goed heeft verkregen, kan op grond van een daarna ingetreden bezitsverlies of bezitsstoornis tegen derden dezelfde rechtsovereenkomsten instellen tot terugverkrijging van het goed en tot opheffing van de stoornis, die de rechthebbende op het goed toekomt. Nochtans moeten deze rechtsovereenkomsten binnen het jaar na het verlies of de stoornis worden ingesteld.
2. De vordering wordt afgewezen, indien de gedaagde een beter recht dan de eiser heeft tot het houden van het goed of de storende handelingen krachtens een beter recht heeft verricht, tenzij de gedaagde met geweld of op heimelijke wijze aan de eiser het bezit heeft ontnomen of diens bezit heeft gestoord.
3. Het in dit artikel bepaalde laat voor de bezitter, ook nadat het in het eerste lid bedoelde jaar is verstreken, en voor de houder onverlet de mogelijkheid een vordering op grond van onrechtmatige daad in te stellen, indien daartoe gronden zijn.

Vergelijking van deze tekst met het ontwerpvoorschrift leert dat er door de regering en het parlement geen fundamentele wijzigingen zijn aangebracht. De handhaving van het ontwerp was overigens geen uitgemaakte zaak, zo deed het Departement van Wetgeving al vrij snel na het verschijnen van het Ontwerp een nota uitgaan, waarin kritiek werd geleverd op de regeling van het tweede lid. Deze nota, een voorstel voor het Regeringsontwerp, stelde onder andere schrapping voor van het laatste zinsdeel (‘tenzij’).¹⁵⁹⁷ Meijers’ opvolgers gaven echter geen gehoor aan dit voorstel.¹⁵⁹⁸ Een wetenschappelijke discussie waarin ‘de nota’s van het Departement over de eerste drie boeken werden besproken, in

¹⁵⁹⁵ PG Boek 3, p. 423. M.v.A. II: ‘Aangezien de onderhavige titel niet slechts voor “bezit” doch ook voor “houderschap” algemene regels inhoudt, is het de ondergetekende beter voorgekomen aan de titel het opschrift “bezit en houderschap” te geven. (...)’

¹⁵⁹⁶ Zie hierboven bij mijn noot 1171. Zie ook p. 328.

¹⁵⁹⁷ Zie hierboven mijn noot 1580.

¹⁵⁹⁸ Zie over het Driemanschap (Drion, Eggens, De Jong) nader: Florijn 1994, p. 177 e.v.

het bijzonder voor zover men het niet met het daarin voorgestelde eens is', leidde tot het besluit de redactie van het Ontwerp-Meijers te handhaven.¹⁵⁹⁹

Het eerste lid van het Ontwerpvoorschrift, de kern van de zakelijke bezitsbescherming, is zelfs geheel ongewijzigd gebleven. In het tweede en derde lid zijn wel wijzigingen aangebracht. Dat gebeurde op verschillende tijdstippen: het tweede lid heeft het meest recent 'een redactionele wijziging van ondergeschikte aard ondergaan'.¹⁶⁰⁰ Hierin zijn de woorden "indien de gedaagde een beter recht dan de eiser tot het houden van het goed of het verrichten van de storende handeling" vervangen door de woorden: "indien de gedaagde een beter recht dan de eiser heeft tot het houden van het goed of de storende handelingen krachtens een beter recht heeft verricht."¹⁶⁰¹ De Minister lichtte deze wijziging in zijn Memorie als volgt toe:

Het is niet voor alle gevallen juist te spreken van "een beter recht dan eiser tot verrichten van de storende handelingen", omdat deze handelingen niet steeds denkbaar behoeven te zijn als handelingen van de eiser. Men denke aan het geval dat de gedaagde een erfdienstbaarheid blijkt te hebben op het erf van de eiser om daarover water te laten afvoeren of om bomen dicht bij de grens te mogen hebben dan de wet toelaat.¹⁶⁰²

Het derde lid had daarvoor al twee wijzigingen ondergaan in het Gewijzigd Ontwerp van wet,¹⁶⁰³ mede naar aanleiding van het Voorlopig Verslag van de vaste Commissie voor Justitie.¹⁶⁰⁴ Zij uitte daarin kritiek op de merkwaardige 'naast-elkander-stelling in dit derde lid van de vordering uit onrechtmatige daad en het in kort geding vragen van een voorziening'. De Commissie vond de vermelding van het kort geding naast de actie uit onrechtmatige daad 'enerzijds [als] overbodig, anderzijds als een nevenschikking van ongelijksoortige grootheden'. De Minister was het hiermee eens en schrapte de verwijzing naar het kort geding in het derde lid, daarbij aantekend dat het kort geding in spoedeisende gevallen *altijd* kan worden aangewend.¹⁶⁰⁵ Deze wijziging heeft dus geen materiële gevolgen. De tweede wijziging vond plaats op initiatief van de Minister zelf. Hij meende dat dat door bezitter en houder in de eerste zinsnede te

¹⁵⁹⁹ Zie het citaat bij mijn noot 1325.

¹⁶⁰⁰ Memorie van Toelichting, p. 33, zie noot 1195; PG Inv. Boek 3, p. 1269.

¹⁶⁰¹ Ontwerp van Wet van 9 juli 1982, p. 10, zie noot 1194; PG Inv. Boek 3, p. 1269.

¹⁶⁰² Zie noot 1600, p. 33-34; PG Inv. Boek 3, p. 1269.

¹⁶⁰³ Kamerstuk Tweede Kamer, zitting 1976-1977, kamerstuknummer 3770, ondernummer 13, Vaststelling van Boek 3 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Nader gewijzigd ontwerp van wet, p. 24; PG Boek 3, p. 456.

¹⁶⁰⁴ Voorlopig verslag, p. 19; PG Boek 3, p. 457-458.

¹⁶⁰⁵ Memorie van Antwoord (ingezonden 18 maart 1971), p. 151-152; PG Boek 3, p. 458-459.

scheiden, beter tot zijn recht kwam dat de houder niet beschikte over de bezitsactie met betrekking tot het goed zelf, maar desalniettemin onder omstandigheden wel een actie van gelijke strekking uit onrechtmatige daad ter beschikking beschikking stond. Ook deze wijziging is slechts redactioneel van aard en heeft geen materiële gevolgen.

Het voorgaande leidt mij tot de slotsom dat de in Meijers' Ontwerp aangebrachte wijzigingen van ondergeschikte betekenis zijn en geen materiële veranderingen hebben teweeggebracht in het systeem van bezitsbescherming, zoals door Meijers uitgewerkt in zijn Ontwerp. Dat systeem heeft in al zijn onderdelen zijn weg gevonden naar ons huidig wetboek.

§ 6 Samenvatting en conclusies

Dit afsluitende hoofdstuk bevat het verslag van een rechtshistorisch onderzoek naar de totstandkoming van de regeling van bezit en bezitsbescherming in ons huidige BW. Het bestaat uit vijf paragrafen en kent twee doelstellingen. In de eerste plaats legt het verbindingslijnen tussen de huidige regeling, de regelingen van oudere wetboeken en die van het Romeinse, het canonieke en het Germaanse recht. Die verbindingslijnen worden benoemd, uiteengezet en hun onderling verband toegelicht. Een tweede doel was het uiteenzetten van de keuzes die gemaakt zijn bij de vormgeving van de regeling. Daarom besteedt het niet alleen aandacht aan de parlementaire geschiedenis, maar ook aan het overleg dat plaatsvond in de Subcommissie Burgerlijke Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke wetgeving. Wie zich een oordeel wil vormen over de regeling van bezit en bezitsbescherming van het huidige BW zal zowel van deze afwegingen kennis moeten nemen als van de wijze waarop de regeling verbonden is met eerdere regelgeving.

In paragraaf 1 staat de bezitsregeling van het Ontwerp centraal. Bezit kent daarin drie verschijningsvormen: het is houderschap, feit en recht.

Paragraaf 1.1 bespreekt het overkoepelende begrip: houderschap. Het Ontwerp kent aan dit begrip een veel ruimere betekenis toe dan het OBW. Het is de vraag of deze betekenisverruiming als een verbetering moet gelden. Ik beantwoord deze vraag ontkennend. Meijers wenste oorspronkelijk niet te tornen aan de begripsmatige scheiding tussen bezitter en houder/*nudus detentor*. Maar zijn concept gebruikte de term ‘houden’ ter aanduiding van feitelijke beheersing. Daardoor ontstond een probleem bij de rechtsfiguur van middellijk houderschap: van de houder die houdt via een andere houder kan immers niet gezegd worden dat hij het goed feitelijk beheerst. Meijers loste dit probleem op door de begripsmatige scheiding tussen houder en bezitter los te laten. Dat maakt van het begrip ‘houden’ een wazig begrip met een drievoudige betekenis: ‘houden’ kan niet alleen de situatie aanduiden waarin de bezitter of de houder feitelijke macht over een goed uitoefent, maar ook die waarin een wetsbepaling het bezit aan iemand toekent zonder dat deze persoon het goed onder zich heeft. Tenslotte valt onder ‘houden’ ook de situatie waarin iemand voor een ander, bezitter of houder, krachtens een of andere rechtsbetrekking de macht over het goed uitoefent.

De bezits- en houderschapsomschrijving van het Ontwerp kent twee gebreken. Ten eerste ontbreekt een duidelijke scheidslijn tussen beide begrippen. Het tweede gebrek is dat, hoewel het Ontwerp wel een regeling bevatte voor middellijk bezit, het middellijk houderschap min of meer onder de tafel is

geveegd: het is niet geregeld in een ontwerpvoorschrift. Tijdens de parlementaire behandeling is dit laatste probleem opgelost, maar er werd geen oplossing aangedragen voor de wazigheid van het houderschapsbegrip. Dat probleem kan alleen opgelost worden met een wijziging van het systeem van het Ontwerp. Meijers' begripsmatige samenvoeging van bezitter en houder was overbodig: het was helemaal niet nodig om van een (middellijk) bezitter een 'houder' te maken. Met een andere formulering was het mogelijk om het uitgangspunt te handhaven dat een persoon die de feitelijke macht over een goed uitoefent óf bezitter óf houder. Ik gaf een voorbeeld van een dergelijke bezits- en houderschapsomschrijving.

Paragraaf 1.2 behandelt de verschijningsvorm van bezit als *feit*. In het Ontwerp duidt bezit een feitelijke toestand aan: Meijers verwierp nadrukkelijk de zienswijze van bezit als een zakelijk recht. Maar zijn uitgangspunt stelde hem op twee punten voor problemen. Het eerste punt betrof de frictie met het geldende erfrecht: dat kende immers de *saisine*-rechtelijke verkrijging van bezit van rechtswege en Meijers wenste hieraan niet te tornen. Het tweede probleempunt vormde de leer die inhield dat een eigenaar het bezit niet los kon overdragen van zijn eigendom. Dit speelt met name bij de koop van registergoederen, waar de koper de feitelijke macht over het goed heeft verkregen voordat hem de eigendom is overgedragen, met andere woorden: wanneer de zogeheten feitelijke levering aan de juridische levering is voorafgegaan. Meijers wenste de koper op grond van diens feitelijke macht als bezitter aan te merken: hij verwierp de leer die een dergelijke koper aanmerkt als detentor voor de eigenaar en eveneens de leer Eggens die inhoudt dat men geen bezit kan overdragen zonder eigendom. Verder wenste hij geen onderscheid te maken tussen bezit van roerende en onroerende goederen.

Om de twee probleempunten op te lossen gebruikte Meijers een kunstgreep: het wetsvoorschrift. In zijn Ontwerp nam hij in de titel *Bezit* een voorschrift op dat de bestaande *saisine*-rechtelijke bezitsverkrijging handhaafde: het kent aan de opvolger onder algemene titel het bezit toe, ook al heeft deze de feitelijke macht over de nalatenschap nog niet verkregen. In de titel *Van Koop en verkoop* nam hij verder een voorschrift op dat het bezit aan de koper toekent wanneer het goed aan hem afgegeven is. Dit voorschrift is een *lex specialis* ten opzichte van de algemene voorschriften van de titel *Bezit*. Het heeft in deze bewoordingen de eindredactie niet gehaald, maar ik heb betoogd dat het onwaarschijnlijk is dat de gewijzigde tekst duidt op een veranderd inzicht van de ontwerper: die heeft daarmee waarschijnlijk enkel willen laten uitkomen dat een verkoper niet van zijn verbintenis uit de overeenkomst gekweten is door het verrichten van een eenzijdige handeling. Met deze laatste zienswijze werd Meijers geconfronteerd bij zijn werkzaamheden aan het Ontwerp voor de Eenvormige Wet op de Internationale Koop.

De keuze voor het aanmerken als bezitter van de koper van onroerend goed die daarover de macht verkregen betekent dat er registervervuiling kan optreden wanneer de bezitter middels verkrijgende verjaring eigenaar wordt. Meijers erkende dit probleem en probeerde aanvankelijk de schade te beperken door de werking van de verkrijgende verjaring op te schorten tegen degenen die in het register staan ingeschreven zolang de verkrijger niet op rechterlijk bevel als rechthebbende ingeschreven is. Maar hij schrapte deze inschrijvingseis al in zijn eerste gewijzigde ontwerp. Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat de wetgever het in het Ontwerp bij koop aangebrachte onderscheid tussen eigendomsoverdracht en bezitsverschaffing heeft aanvaard: een koper van een onroerend goed aan wie de feitelijke macht is verschaft, maar nog niet de eigendom overgedragen, mag zich beschouwen als bezitter van dat goed. Het rechtsgevolg hiervan is dat hij, evenals de opvolger onder algemene titel, gebruik mag maken van de voor de bezitter opgestelde regelingen, met name die van verkrijgende verjaring en die van bezitsbescherming.

Paragraaf 1.3 bespreekt de verschijningsvorm van bezit als *recht*. Hoewel het Ontwerp bezit beschouwt als een feitelijke toestand, merkt het tevens elk bezit aan als verjaringsbezit. Het Ontwerp kent de verkrijgende verjaring toe aan iedere bezitter: anders dan in het OBW vormt kwade trouw hiervoor niet langer een obstakel. Meijers koppelt in het Ontwerp dus het feitelijke bezit aan het verjaringsbezit. Die koppeling is naar mijn mening fataal, omdat zij leidt tot een innerlijk tegenstrijdig bezitsbegrip. Het verjaringsbezit is immers niet feitelijk, maar juridisch van aard: reeds het Romeinse recht beschermde de verjaringsbezitter als eigenaar. Meijers nam deze regeling als voorbeeld. In het Ontwerp wordt de (verjarings-)bezitter een relatief rechthebbende: het Ontwerp verbindt namelijk aan verjaringsbezit een tweederangs recht. Het volledige recht verkrijgt de bezitter pas op de dag van de voltooiing van de verjaring, maar reeds daarvoor kent het Ontwerp de bezitter de uit dat recht voortvloeiende bevoegdheden toe. Ik kom tot de slotsom dat Meijers er niet in geslaagd is in zijn Ontwerp een uniform bezitsbegrip uit te werken, omdat hij de eisen van het verjaringsbezit zo drastisch verlaagde dat hiervoor het feitelijke bezit al volstaat.

Paragraaf 2 behandelt de bescherming van het bezit in het Ontwerp. Omdat niet bezit, maar houderschap centraal staat meende Meijers aanvankelijk dat hij geen aparte bezitsbescherming op behoefde te nemen: de politionele bescherming uit kort geding en onrechtmatige daad zou volstaan voor de bescherming van dit houderschap. Toch voegde hij later aparte, zakelijke bezitsbescherming toe voor de verjaringsbezitter. De overname van dit systeem in het BW betekent dat dit zowel de politionele bescherming kent voor de houder in het algemeen en de zakelijke bescherming voor de bezitter.

Paragraaf 3 zet uiteen waarom Meijers zijn oorspronkelijke uitgangspunt verliet en naast politionele ook zakelijke bezitsbescherming toevoegde.

Paragraaf 3.1 verklaart Meijers' ommezwaai vanuit zijn keuze voor de invoering van een causaal stelsel van eigendomsoverdracht. Meijers meende echter dat dit stelsel bij roerende goederen tot onbillijke resultaten leidt die slechts gecorrigeerd konden worden door toekenning van een wettelijk vastgelegd zakelijk bezitsrecht.

Paragraaf 3.2 behandelt de bescherming van roerende zaken zoals die voorheen geboden werd door art. 2014 OBW. Meijers en Scholten legden dit voorschrift op verschillende wijze uit. Meijers waarschuwde dat Scholtens uitleg het toepassingsbereik van het voorschrift beperkt: sommig bezitters die hun bezit te goeder trouw hebben verkregen, verliezen in Scholtens uitleg hun bescherming. Het gaat dan om personen die hun bezit niet door levering, maar door inbezitneming hebben verkregen, of door een levering waaraan een geldige titel van aanvang ontbrak of later is komen te vervallen. Dergelijke bezitters kunnen zich tegen een inbreuk op hun recht niet verweren met de stelling dat er inbreuk is gemaakt op een recht. Scholtens 'nieuwe leer' kent daardoor een minder vergaande bescherming van het bezit van roerende goederen.

Paragraaf 3.3 behandelt Van Ovens pleidooi voor het toevoegen van zakelijke bezitsbescherming in de nieuwe leer. Van Oven wees er al in 1908 op dat eigendom in de nieuwe leer een grotere rol speelt dan in de oude, omdat deze zienswijze de werking van art. 2014 OBW beperkt, zodat de eigenaar in een groter aantal gevallen kan revindiceren. Volgens Van Oven veroorzaakt het gedeeltelijk verdwijnen van de zakelijke eigendomsbescherming in de nieuwe leer behoefte aan zakelijke bezitsbescherming voor roerend goed. Meijers lijkt Van Ovens advies te hebben overgenomen om in het toekomstige recht, het recht *de lege ferenda*, een regeling op te nemen voor de bezitsbescherming en de verkrijgende verjaring van roerende goederen.

Paragraaf 3.4 behandelt Meijers' stellingname ten aanzien van de 'nieuwe leer'. In een in 1927 verschenen opstel steekt Meijers zijn eigen voorkeur voor een ruime uitleg van art. 2014 OBW niet onder stoelen of banken, maar tegelijkertijd geeft hij toe dat zowel voor deze uitleg als voor die van Scholten argumenten te vinden zijn. Hij lijkt dan ook meer geïnteresseerd te zijn in de opheffing van de onduidelijkheid over art. 2014 OBW dan in het propageren van zijn eigen zienswijze. In twee opstellen roept hij zowel de Hoge Raad als de wetgever op om dit artikel te verhelderen.

Paragraaf 3.5 bespreekt de totstandkoming van de regeling van de zakelijke bezitsbescherming in het Ontwerp. Het ontging Meijers niet dat de aanhangers van een causale interpretatie aan terrein wonnen en het zat hem dwars dat er in het oude recht geen eenheid van stelsel bestond ten aanzien van de wijze van eigendomsoverdracht. Ik meen dat het met name het argument van eenheid van

stelsel is geweest dat Meijers ertoe heeft bewogen om voor het nieuwe recht het causale stelsel te kiezen. Reeds het vroegste concept voor de afdeling *Overdracht van goederen* gaat uit van het causale stelsel. Hiertegen werden geen bezwaren aangevoerd in de voltallige vergadering van de Subcommissie op 3 december 1949. Lid en raadsheer De Jong zou zijn kennis van het concept in het arrest *Damhof-De Staat* gebruiken om vooruit te lopen op de invoering van het Ontwerp. Meijers was hier niet van gediend: in een opstel benadrukt hij de noodzaak van een wettelijke regeling. Hij achtte de invoering van het causale stelsel door de rechtspraak onjuist, omdat dit stelsel zonder aanvullende regelgeving dikwijls onbillijk werkt. Onderdeel van deze regelgeving is de mogelijkheid van op bezit gegronde vorderingen, ook voor roerende goederen,.

Paragraaf 4 bespreekt de kritiek op de regeling van zakelijke bezitsbescherming.

Paragraaf 4.1 zet uiteen dat de kritiek van twee kanten kwam: sommigen achtten zakelijke bezitsbescherming overbodig, omdat de politionele bescherming van de actie uit de onrechtmatige daad zou volstaan. Anderen wensten dat de zakelijke bescherming zich ook zou uitstrekken tot houders (detentoren).

Paragraaf 4.2 bespreekt het arrest *Damhof-De Staat*, omdat deze zaak in het denken over de zakelijke bezitsbescherming een centrale plaats inneemt. De Hoge Raad sprak zich in dit arrest uit voor het causale stelsel en de nieuwe leer. Die aanvaarding van de 'nieuwe leer' leidde tot de situatie die Van Oven al in 1908 voor mogelijk had gehouden: aan de eiser werd tegengeworpen dat hij geen eigendom had verkregen en toen hij inderdaad geen eigenaar bleek, werd hij niet beschermd omdat er geen aparte bezitsbescherming voor roerende zaken bestond. De actie uit onrechtmatige daad gaf in casu geen bevredigend resultaat omdat, zoals Van Oven opmerkte, Damhof niet wist dat hij geen eigenaar was en daarom zijn aanspraak op eigendom baseerde, maar de kous op de kop kreeg, omdat hij geen eigenaar was. Tenslotte is het van belang dat de Staat geen enkel eigen recht op de zaken pretendeerde en dat hij optrad als derde.

Paragraaf 4.3 behandelt de kritiek dat de zakelijke bezitsbescherming overbodig zou zijn naast de politionele bescherming en dus geen toegevoegde waarde heeft. Dit werd met name betoogd door Huib Drion, die in 1978 een uitgebreide kritische beschouwing uitbracht getiteld *De betekenis van het bezit voor ons huidig recht*. Hierin besteedt Drion ook aandacht aan de zaak *Damhof-De Staat*, maar zijn betoog overtuigt niet omdat Drion de onrechtmatigheid van de inbeslagneming van de Staat vóóronderstelt. Tegen de gedachte dat de politionele functie volstaat, keerden zich met name Van Oven en Ten Kate. Zij verdedigden het nut van de invoering van de zakelijke bezitsbescherming op feitelijke en dogmatische gronden.

Ook ik acht de afzonderlijke zakelijke bezitsbescherming zinvol, al kan men in veel gevallen met de actie uit onrechtmatige daad hetzelfde bewerk-

stellen. Ik wees er op dat het voorschrift voor roerende goederen dat ‘bezit geldt als volkomen titel’ (art. 2014 OBW) een bezitsbeschermende maatregel is die stamt uit het Germaanse *gewere*-recht. Dit recht verschilt van het Romeinse recht: het maakt geen onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke vorderingen. Toch probeert Scholten de bezitsregel een plaats te geven in het Romeinse eigendomssysteem. De regel dient nu echter niet langer om bezit van roerende goederen te beschermen, maar om een mislukte eigendomsoverdracht van dit soort goederen te ‘helen’. Haar overheveling veroorzaakt een leemte in de bescherming van het bezit van roerende goederen. De zaak *Damhof-De Staat* toont aan dat politionele bescherming niet steeds in staat is die leemte te vullen. Het verlenen van zakelijke bescherming ligt nog meer voor de hand als men van iedere bezitter een verjaringsbezitter maakt: reeds het klassieke Romeinse recht verleende de verjaringsbezitter een relatief zakelijk werkend recht om inbreuken op zijn bezit af te weren gedurende de verjaringstermijn, de *actio Publiciana*.

Meijers heeft de zakelijke bezitsbescherming niet in zijn causale systeem ingevoerd vanwege een concrete verkeersvraag, maar om het stelsel in balans te brengen: om het sluitend en rechtvaardig te maken.

Paragraaf 4.4 behandelt de kritiek dat de zakelijke bescherming van het Ontwerp niet ver genoeg gaat, omdat zij zich óók zou moeten uitstrekken tot de houder (detentor). Het waren met name Middelberg en Schoordijk die deze kritiek uitten. Zij gingen niet in op Meijers’ argumenten om houders zoals de bruiklener en de huurders géén zakelijke bescherming te verlenen. Meijers achtte het prijskaartje van een dergelijke bescherming te hoog: zij kan volgens hem alleen bereikt worden door een verwaarlozing van historisch gevormde indelingen van de algemene rechtsleer.

Volgens Meijers dient men een zakelijk recht begripsmatig vast te stellen aan de hand van het abstracte ‘normaaltje’. Dit normaaltje vormt een geheel dat is opgebouwd uit een negental eigenschappen. Meijers verzet zich fel tegen een één of tweedimensionale focus op afzonderlijke kenmerken, zoals de mogelijkheid van reële executie of de verplichting van een ieder om geen inbreuk op het recht te maken. Middelberg en Schoordijk beschouwen juist de werking tegen eenieder als hét centrale element van het zakelijk recht. Meijers relateert deze gedachte: het onderscheid tussen het zakelijke en persoonlijke recht ligt volgens hem niet langer in de werking tegen ieder. De wetgever kan volgens Meijers uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Nederlandse Pachtwet de les trekken dat hij niet als eenzijdig uitgangspunt voor het zakelijk recht de bescherming van de gerechtigde moet nemen. Meijers komt tot de slotsom dat een rechtsleer die zich met betrekking tot het zakelijk recht eenzijdig oriënteert op de vraag tegen wie men zijn recht kan handhaven niet voldoet. Steeds moet men voor ogen houden dat zakelijke rechten meer elementen

kennen: men moet niet uitgaan van een concreet recht, maar van het normaal-type.

Na Meijers' dood is het met name Van Oven geweest die stelling nam tegen Middelbergs kritiek. Van Oven stelt voorop dat een concrete keten uit heel veel houders kan bestaan. Het toekennen van een zakelijke actie aan iedere afzonderlijke schakel kan volgens hem verwarrend werken. Bovendien acht hij zo'n toewijzing onnodig: de vorderingen uit onrechtmatige daad en kort geding zouden de belangen van deze houders reeds voldoende waarborgen. Van Oven laat de drie kritiekpunten van Middelberg niet al te zwaar wegen. Over de zwaarte van de bewijslast kan men geen algemene uitspraak doen. Ook acht hij een verplichting tot restitutie niet noodzakelijk: Van Oven geeft er de voorkeur aan om de rechter de vrijheid te geven om naar aanleiding van het concrete geval te beslissen of hij al dan niet restitutie wenst te bevelen. Tenslotte relateert Van Oven, geheel in de lijn van Meijers, het door Middelberg gesignaleerde verschil tussen de persoonlijke actie en de zakelijke. Van Oven wijst er op dat óók zakelijke gerechtigden door derdenbeschermende bepalingen beperkt worden in hun mogelijkheid om verhaal te zoeken. Hierdoor verschillen de uitkomsten van de acties niet van elkaar: beide acties zijn met succes in te stellen tegen individuen te kwader trouw, maar allebei lopen ze stuk wanneer de derde te goeder trouw was.

Ik meen dat Van Oven de discussie in het voordeel van het Ontwerp beslecht. Van Oven benadrukte in zijn proefschrift al dat óók bezitters bij storingen in het algemeen het beste de politionele bescherming kunnen inroepen: die procedure is vaak doelmatiger en sneller omdat zij de stoorder niet toestaat om zich te verweren met een beroep op een beter recht. Ik betwijfel echter of hij het bij het juiste eind had toen hij stelde dat voor een houder in het algemeen een veroordeling in geld minder belangrijk is dan restitutie. Het komt mij voor dat het omgekeerde eerder het geval zal zijn. De houder zal voor de vergoeding van een zelfstandig belang vooral gebaat zijn met een persoonlijke actie, een zakelijke actie lijkt vooral zin te hebben als de houder een duurcontract aanging en nog steeds een economisch belang bij de zaak heeft. De zakelijke vordering tot restitutie lijkt op het eerste gezicht meer voor de hand te liggen bij het aansprakelijkheidsbelang. Maar zij lijkt alleen zin te hebben als het goed is opgespoord en de restitutieprocedure kan worden afgesloten vóór afloop van de contractstermijn van de houder. Het komt me voor dat in de meeste gevallen niet aan deze eisen zal zijn voldaan.

Tenslotte besteedde ik aandacht aan de casus waarin de houder het goed kwijtraakt aan een onvermogene en faillerende delinquent. Toekenning van een zakelijke actie aan een houder zou wenselijk zijn omdat dit hem de bevoegdheid zou verlenen om in het faillissement van de delinquent een separatistenpositie in te nemen. Ik betoogde dat het BW de bestolen houder voldoende mogelijkheid

biedt om verhaal te halen tegen de (eventueel opvolgende) faillierende bezitter te kwader trouw. Wanneer een zaak van de houder ontvreemd is kunnen zich twee situaties voordoen: ofwel hij heeft de rechthebbende nog niet schadeloos gesteld voordat hij achter de identiteit van de bezitter te kwader trouw komt, of hij heeft dit al wel gedaan.

In de eerste situatie is het duidelijk dat het gestolen goed niet tot de boedel van de failliet behoort. Het komt mij voor dat in een dergelijk geval de houder zich bij de curator kan melden en van hem mag vorderen dat hij het gestolen goed aan de rechthebbende afgeeft. Een curator die op deze wijze op de hoogte is gebracht van de stand van zaken en vervolgens toch zonder enig onderzoek het goed vervreemdt ten bate van de schuleisers van de failliet maakt zich mijns inziens schadeplichtig: hij begaat een onrechtmatige daad jegens de rechthebbende en jegens de houder. De bestolen houder kan hem in dat geval aanspreken voor de schade die hij lijdt. Wanneer de curator de zaak wel aan de rechthebbende afgeeft, is de houder niet langer verplicht hem schadeloos te stellen. In beide gevallen komt het op verbintenisrechtelijke weg behaalde resultaat op hetzelfde neer als wanneer de houder een zakelijke actie had ingesteld. De winst ligt erin dat men de situatie helder en overzichtelijk houdt. Dit is niet alleen voor de rechthebbende een pluspunt, maar ook voor de curator: er kan zich geen keten van houders melden, ieder met zijn eigen zakenrechtelijke aanspraak en evenmin kan er samenloop optreden van zakenrechtelijke claims van de 'houder' en de 'rechthebbende'.

De kaarten liggen nog eenvoudiger in de tweede situatie: die waarin de houder de rechthebbende schadeloos heeft moeten stellen voordat hij achter de identiteit van de faillierende bezitter komt. Meijers voorzag deze situatie en nam in zijn Ontwerp art. 3.4.2.7 op (art. 3:94 BW). Dit voorschrift maakt het mogelijk om, bij wijze van uitzondering, een roerende zaak te leveren met een akte, in plaats van de verkrijger het feitelijk bezit ervan te verschaffen. Bij het opstellen ervan heeft Meijers nadrukkelijk de rechtspositie van de bestolene voor ogen gehad. Na de overdracht is de houder zelf zakelijk rechthebbende en separatist.

Paragraaf 5 behandelt de totstandkomingsgeschiedenis van de zakelijke bezitsbescherming van art. 3:125 BW in chronologische volgorde: van concept naar Ontwerp naar BW.

Paragraaf 5.1 bespreekt het vroegste voorschrift: art. 16 concept B.W. 23. Meijers noemt in zijn Toelichting als inspiratiebronnen met name de Romeinsrechtelijke *actio Publiciana* en art. 618 OBW, dat in het oude recht bekend stond onder de naam *maintenue*. Voor het geraamte van het voorschrift heeft Meijers inspiratie geput uit de regeling van de *maintenue*, *Azione di manutenzione*, van de Italiaanse *Codice civile* uit 1942. Meijers koos voor het

omwerken van een buitenlandse regeling over de *maintenue*, in plaats van het bewerken van de bestaande bezitsacties. Het Italiaanse wetboek bood een uitwerking van bezitsvorderingen die ook bij ons wortel hadden geschoten. Hierin onderscheidt het zich in positieve zin van de Franse Napoleontische wetboeken.

Het eerste lid verleent de bezitter van goederen een relatieve bescherming tegen inbreuken op zijn bezit. Meijers achtte hiervoor een wettelijke grondslag nodig. Het voorschrift biedt bescherming tegen een daarna plaatsgevonden bezitsverlies of bezitsstoornis: Meijers voegde de twee grondslagen voor het inroepen van bescherming samen. De bezitter kan tegen derden dezelfde rechtsvorderingen instellen, die de rechthebbende op het goed toekomen. Maar de rechtsvorderingen moeten wel binnen het jaar worden ingesteld. Bij het bepalen van deze termijn heeft Meijers onmiskenbaar aansluiting gezocht bij het annale bezit van het *gewere*-recht.

De mogelijkheid bestaat dat er meerdere personen bevoegd zijn om de zakelijke vordering van het eerste lid in te stellen, omdat zij in het afgelopen jaar feitelijk bezitter zijn geweest. Volgens Meijers' normaaltypentheorie wordt hun rangorde bepaald door hun onderlinge goederenrechtelijke positie: de oudere in tijd heeft het sterkere recht. Afzonderlijk leggen ze het allemaal af tegen de werkelijk rechthebbende en dat geldt ook voor de huidige bezitter. Meijers kende de rechthebbende namelijk het 'verweer van rechtmatige heerschappij' toe: een bezitsvordering wordt afgewezen indien de gedaagde tot het houden van het goed of tot de storende handeling was gerechtigd. Bij strijd tussen een relatief rechthebbende en de rechthebbende dient volgens Meijers de laatste het goed toegewezen te krijgen. Deze rangorde geldt zelfs wanneer de rechthebbende eigenrichting pleegt. Hieruit valt af te leiden dat Meijers de bezitsvordering van het eerste lid niet opnam als uitwerking van de actie uit onrechtmatige daad. Meijers lijkt echter over het hoofd te hebben gezien dat er daardoor bij een eigenrichting plegende rechthebbende verschillende uitkomsten mogelijk waren, afhankelijk van de ingestelde actie. In een vergadering van de Subcommissie nam hij afstand van zijn vermoedelijk op het Romeinse recht gegronde rangregeling waarin het zakelijk recht de eerste plaats inneemt. Daarvoor in de plaats stelde hij het canoniekrechtelijke uitgangspunt dat de beroofde vóór alles in zijn oude staat teruggeplaatst moet worden. Meijers *beoogde* niet aan deze eeuwenoude regel te tornen en zou daarom in zijn Ontwerp het voorschrift aanpassen.

Het tweede lid beoogde degene die zijn bezit met geweld had verkregen een ongunstiger behandeling te geven dan overige bezitters. Meijers meende aanvankelijk dat alleen met geweld verkregen bezit als 'gebrekkig bezit' moest worden beschouwd. Na kritiek in de Subcommissie zou hij hier ook heimelijk verkregen bezit onder scharen. Overigens lijkt er in het Italiaanse voorschrift dat

Meijers als inspiratiebron gebruikte niet zozeer sprake te zijn van het criterium ‘gebrekkig bezit’ uit het Romeinse recht, maar eerder van dat van het onvrijwillig bezitsverlies uit het Germaanse recht. Hoe dan ook: de ‘gebrekkige bezitter’ zou pas de zakelijke vordering van het eerste lid kunnen instellen, nadat hij gedurende tenminste een jaar na het ophouden van het geweld het ongestoord bezit van het goed heeft gehad. Het heeft er alle schijn van dat Meijers dit voorschrift uitgelegd als een strafbepaling. Maar de termijn in de Italiaanse *maintenue* diende een specifiek doel: het was geen strafbepaling, maar een bepaling over het annale bezit, afkomstig uit het *gewere*-recht.

In de Subcommissie toonde zich een meerderheid afkerig van de strafbepaling: men meende dat iedere bezitter, ook die te kwader trouw, over de bezitsactie van het eerste lid moest kunnen beschikken. Meijers heeft de mening van de meerderheid tot de zijne gemaakt en in zijn Ontwerp wijzigingen aangebracht.

Het derde lid van het conceptvoorschrift bevatte een verwijzing naar politionele bezitsbescherming van de onrechtmatige daad en het kort geding. De verwijzing is in de eerste plaats opgenomen als complement van de zakelijke bezitsbescherming van het eerste en tweede lid. Men kan zich de vraag stellen of het nodig is om te verwijzen naar politionele bescherming, omdat die uitgewerkt wordt in elders geplaatste voorschriften. Met het opnemen van deze verwijzing heeft Meijers waarschijnlijk buiten twijfel willen stellen dat rechters die een bezitsvordering afwijzen, vervolgens nog behoren na te gaan of de gepresenteerde feiten misschien nog aanleiding geven tot toewijzing van de vordering op grond van onrechtmatige daad. In een in 1912 gepubliceerd onderzoek naar de verhouding tussen zakelijke rechtsvorderingen en rechtsvorderingen uit onrechtmatige daad was Meijers namelijk tot de conclusie gekomen dat rechters steevast het recht op dit punt verkeerd toepasten.

Paragraaf 5.2 behandelt het voorschrift in het Ontwerp.

Het eerste lid toont dat de kern van het voorschrift geen wijzigingen heeft ondergaan: het voorschrift maakt van een bezitter een relatief rechthebbende door hem dezelfde rechtsvordering te verschaffen tegen bezitsverlies en –stoornis die de rechthebbende toekomen. De aan de bezitter toegekende vorderingen worden nader gespecificeerd: het gaat om vorderingen tot terugverkrijging van het goed en tot opheffing van de stoornis. Meijers handhaafde de ‘verzwijgings-termijn’ van één jaar waarbinnen de vorderingen van de relatief rechthebbende moeten worden ingesteld.

Het tweede lid is ingrijpend gewijzigd. Allereerst strekt de bescherming van het eerste lid zich nu in principe ook uit tot bezitters die hun bezit met geweld hebben verkregen: Meijers schrapte de strafbepaling en erkende verder ook heimelijk verkregen bezit als ‘gebrekkig bezit’. Het recht van de bezitter blijft een relatief recht: de rechthebbende kan het verweer van rechtmatige

eigendom aan de bezitter tegenwerpen. Maar de belangrijkste verandering in het Ontwerp is wel de relativering van dit verweer: Meijers maakt het ondergeschikt aan het verbod van eigenrichting.

Welbeschouwd bevat de tweede zinsnede een rangregeling voor het geval dat de zakelijke functie in conflict komt met de politionele functie van bezit. Een dergelijke regeling was noodzakelijk omdat Meijers aan het feitelijk bezit een relatief zakelijk recht koppelde. Hierdoor werd het mogelijk dat de bezitter een hoger recht, bijvoorbeeld dat van eigendom, werd tegengeworpen. In het oude recht bestond nog een waterscheiding tussen bezits- en eigendomsacties: ze mochten niet gecombineerd worden.

De ontwerpregeling van de zakelijke bezitsbescherming heeft blootgestaan aan felle kritiek. Die kritiek valt vooral te herleiden op het gegeven dat deze niet gegrond is op één rechtstelsel: we treffen er elementen in aan uit zowel het Romeinse recht, als het Germaanse en canonieke recht. Dit stichtte verwarring, vooral omdat Meijers zelf steeds het Romeinse begrippenkader gebruikte. Hierdoor vatte bij rechtsgeleerde schrijvers ten onrechte de gedachte post dat de regeling in zijn geheel te begrijpen viel vanuit het Romeinse recht. Een aantal keren is voorgesteld om Meijers' rangregeling te schrappen: de norm dat iemand alleen door het gerecht uit zijn bezit gewezen mag worden werd niet algemeen gedeeld.

In het derde lid handhaafde Meijers de verwijzing naar de onrechtmatige daad en het kort geding. Hij heeft het op een tweetal punten verduidelijkt: ten eerste dat politionele bezitsvorderingen ook na een jaar na het bezitsverlies ingesteld kunnen worden en ten tweede dat men ook het recht behoudt om in kort geding bij voorraad opheffing van een stoornis of herstel van een vorige toestand te eisen. Inhoudelijk is het derde lid niet gewijzigd.

Met name Gerbrandy heeft op het derde lid kritiek uitgeoefend: hij acht het letterlijk mis-plaatst in de bezitstitel. Vanuit het Romeinsrechtelijk bezitsbegrip bezien is zijn kritiek begrijpelijk, maar Gerbrandy miskent dat de zakelijke en politionele bezitsbescherming niet beide zijn gebaseerd op dit bezitsbegrip. Zodra men een regeling voor bezitsbescherming opstelt voor zowel *possessores* én *Realbesitzers* zal men daarin per definitie ook houders/dententors aantreffen. Ten onrechte betoogde Gerbrandy verder dat het derde lid nieuwe rechts-aanspraken schept.

Paragraaf 5.3 behandelt de definitieve tekst van het wetsvoorschrift. Dit is geplaatst in een titel waarvan de wetgever het opschrift wijzigde in "Bezit en houderschap". Deze wijziging valt te betreuren, omdat ze bij de lezer de onjuiste gedachte kan doen postvatten dat de huidige wet de vanouds gebruikelijke terminologie aanhoudt en het begrip "houden" gebruikt als synoniem voor dententie. Dit kan zich in het bijzonder voordoen bij het artikel voor bescherming van bezit, waarin beide begrippen worden gebruikt. Ik kom tot de slotsom

dat het voorschrift louter wijzigingen van ondergeschikte betekenis heeft ondergaan: er zijn geen materiële veranderingen aangebracht in het systeem van bezitsbescherming, zoals Meijers dat voor ogen had. Dat systeem heeft in al zijn onderdelen zijn weg gevonden naar ons huidig wetboek.

Samenvatting

Dit boek behandelt de regeling voor bescherming van bezit, zoals onze wetgever haar neerlegde in art. 3:125 BW. Die, overigens weinig gebruikte, regeling is nagenoeg ongewijzigd overgenomen uit Meijers' Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek. Zij roept vragen op ten aanzien van zowel het begrip 'bezit' als ten aanzien van de 'bescherming' ervan. Wat is bezit? En is de regeling ter bescherming van bezit geslaagd, verdient het aanbeveling om haar aan te passen, of kan zij zelfs als onnutte ballast overboord geworpen worden?

De beantwoording van bovenstaande vragen leidde tot de nodige meningsverschillen bij de totstandkoming van het wetboek. Ook nadien bleef consensus uit: de inhoud van het bezitsbegrip is nog steeds omstreden en hetzelfde geldt voor de wijze waarop het bezit en, in ruimere zin, het houderschap beschermd worden.

Deze studie stelt de beantwoording van twee vragen centraal:

1. Hoe kwam het bezitsbegrip van het BW tot stand en wat is zijn inhoud?
2. Op welke wijze is de regeling voor de bescherming ervan vormgegeven?

Het is bekend dat Meijers bij het opstellen van zijn voorschriften niet wenste te experimenteren, maar aansluiting zocht bij 'de bezonken wijsheid van vele eeuwen'. Nu kan juist het leerstuk van bescherming van bezit bogen op een eeuwenoude geschiedenis, waarvan wij in de regeling van het huidige wetboek ook onmiskenbare sporen aantreffen.

Die geschiedenis staat centraal in de eerste drie hoofdstukken. De eerste twee hoofdstukken beschrijven de wijze waarop drie rechtsstelsels uiteenlopende vormen van bezitsbescherming boden: het Romeinse recht, het canonieke recht en inheems recht van Germaanse oorsprong. Het derde hoofdstuk zet uiteen in hoeverre elementen uit deze stelsels hun weg vonden in het recht van de codificaties die voorafgingen aan het huidige BW: het Wetboek Napoléon ingerigt voor het Koninkrijk Holland (1809-1811), de *Code civil* (1811-1838) en het Oud Burgerlijk Wetboek (1838-1992).

Met behulp van dit rechtshistorische kader worden in het vierde hoofdstuk de door ontwerper en wetgever gemaakte keuzes geduid en verklaard. Het uiteindelijke doel is het beoordelen van de vormgeving en de wenselijkheid van de huidige regeling voor bescherming van bezit.

1. Totstandkoming en inhoud van het bezitsbegrip van het BW

1.1 Totstandkoming van het bezitsbegrip van het BW

Houderschap en bezit

Het was van meet af aan duidelijk dat de bezitsregeling van het OBW een grondige herziening zou ondergaan. Al in 1880 drong Minister van Justitie Modderman hierop aan in een brief aan de koning en Meijers zelf heeft op de noodzaak van wettelijk ingrijpen gewezen in zijn artikel *Het feillooze deel van ons Burgerlijk Wetboek* (1928).

Meijers zocht geen aansluiting bij de buitenlandse wetboeken die onderscheid maakten tussen uiteenlopende bezitsvormen, zoals perfect bezit, imperfect bezit en detentie. Hij trok het nut van dit onderscheid in twijfel. Voor de bescherming van de bezitsvarianten was het niet nodig: die bescherming achtte hij afdoende geboden door de actie uit onrechtmatige daad en het kort geding, een specifieke bescherming achtte hij overbodig. Men diende daarom alleen te onderscheiden tussen macht die wèl (bezit) en die niet (detentie) tot verjaring kon leiden. Meijers duidt beide varianten aan met de overkoepelende term ‘houderschap’. Ook een bezitter wordt dus aangemerkt als houder, zo blijkt uit de Toelichting: ‘Uit de algemene omschrijving van het bezit in het eerste lid volgt, dat iedere bezitter van een goed als “houder” aan te merken is, zowel degene, die onmiddellijk bezit, als degene die door een ander bezit.’

In het vroegste concept voor de ‘Bezittitel’ treft men nog de volgende omschrijving aan:

Art. 1.

Houder van een goed is degene, die feitelijk daarover de macht kan uitoefenen.

Bezitter van een goed is degene, die het goed voor zichzelf houdt (onmiddellijk bezitter) of voor wie een ander het goed houdt.

De bepaling toont wat Meijers onder ‘houden’ verstaat: zijn systeem stoelt op de gedachte dat degene die feitelijke macht over een goed kan uitoefenen ofwel houder (detentor) is, dan wel een gekwalificeerde houder: bezitter.

Meijers omschrijft de onmiddellijk bezitter aan de hand van de twee eisen voor bezitsverkrijging uit het Romeinse zakenrecht: feitelijke macht, *corpus*, en bezitswil, *animus*. De status van detentor wordt daarentegen toegekend louter op grond van de uitoefening van feitelijke macht. Dat is om twee redenen dogmatisch onjuist. Ten eerste biedt Meijers’ systeem geen mogelijkheid voor het middellijk houderschap: de situatie waarin de ene detentor houdt voor de andere. Jan Drion bracht dit punt in een gesprek met Meijers naar voren: het tweede lid zou van een huurder die zelf de zaak weer doorverhuurde een (middellijk)

bezitter maken. Ten tweede legt Meijers een onjuiste maatstaf aan voor houderschap: detentie draait namelijk niet om de uitoefening van feitelijke macht, maar om de rechtsverhouding tussen de detentor en de bezitter.

Meijers handhaafde de omschrijving van de bezitter in zijn Ontwerp, maar het probleem met het middellijk houderschap bracht hem ertoe de omschrijving van de houder te schrappen. In zijn Toelichting rechtvaardigde hij het achterwege laten van een begripsbepaling van de houder met de opmerking dat die slechts twijfelachtige waarde zou hebben, omdat ‘houden’ zowel door feit als door wet wordt bepaald. Kortom: houderschap (met inbegrip van bezit) is in de eerste plaats uitoefening van feitelijke macht, maar wetsvoorschriften kunnen deze uitkomst veranderen. Dit gebeurt bijvoorbeeld bij de bepaling die bij erfopvolging het bezit *van rechtswege* toekent (het *saisine*-beginsel). Het probleem van het middellijk houderschap werd opgemerkt en opgelost door de Minister, die aan de bezitsomschrijving een lid toevoegde dat houderschap op overeenkomstige wijze middellijk of onmiddellijk verklaarde.

Het schrappen van de houderomschrijving had een gevolg dat Meijers zelf betreunde: hierdoor verviel de traditionele tegenstelling houder – bezitter. Meijers achtte dit in 1948 nog bezwaarlijk omdat ‘men dan wel zeer afwijkt van de vanouds gebruikelijke terminologie: immers dan zou iedere bezitter per se houder zijn en zou houder meer zijn dan de nudus detentor.’ Toch heeft hij deze consequentie geaccepteerd. In een in 1949 gehouden vergadering van de Subcommissie stelde Bregstein de gewijzigde terminologie aan de orde: hij merkte op ‘dat het Ontwerp het woord het woord “houden” in een veel ruimere betekenis gebruikt, dan men in het bestaande recht pleegt te doen. De voorzitter [Meijers, *HHR*] beaamt dit.’

Dat ‘houden’ een veel ruimere betekenis heeft gekregen is een understatement: in de nieuwe terminologie is ‘houden’ een wazig begrip. Het kan namelijk niet alleen de situatie aanduiden waarin een bezitter of detentor feitelijke macht over een goed uitoefent, maar ook die waarin een wetsbepaling het bezit aan iemand toekent zonder dat deze persoon het goed onder zich heeft. Tenslotte gebruikt het BW de term voor alle personen, bezitter of detentor, voor wie een ander krachtens een of andere rechtsbetrekking de macht over het goed uitoefent: de middellijke houders. Zelfs een middellijk bezitter is dus ‘houder’...

Deze uitkomst was onnodig: met een andere omschrijving van houderschap was het mogelijk geweest de oorspronkelijke inhoud van dit begrip te handhaven en de bezitsomschrijving scherper te laten uitkomen.

Houderschap

Als onmiddellijk houder geldt hij die op grond van een rechtsbetrekking met de bezitter de feitelijke macht over diens goed uitoefent. Een houder kan ook middellijk houden door een andere houder: dit brengt geen verandering teweeg in het bezit.

Bezit

Als onmiddellijk bezitter geldt hij die voor zichzelf de feitelijke macht over een goed uitoefent of hij die krachtens de wet als bezitter wordt aangemerkt. Een bezitter kan ook middellijk bezitten door een houder.

Bezit op grond van wetsvoorschriften

Meijers gebruikte het middel van het wetsvoorschrift om correcties aan te brengen in hem onwelgevallige uitkomsten met betrekking tot bezit. Dit deed hij twee maal om in een bepaalde situatie de uitkomst naar zijn hand te zetten en iemand de status van bezitter toe te kennen.

Ten eerste ter handhaving van de verkrijging van bezit *van rechtswege* door opvolging onder algemene titel (art. 3:112 BW). Ten tweede bij een koop van registergoederen, waar de koper, in de periode na de feitelijke levering, maar voor de juridische levering, beschouwd zou kunnen worden als houder voor de verkoper, terwijl Meijers hem als bezitter wenste aan te merken (vgl. art. 7:9 lid 2 BW). Meijers' ontijdige dood in 1954 verhinderde dat hij zijn werk aan Boek 7 kon afronden en meer duidelijkheid kon verschaffen over zijn regeling. Ik heb betoogd dat het aannemelijk is dat de wetgever Meijers' regeling aanvaardde. De codificatie ervan betekende dat de wetgever afstand nam van de zogeheten 'leer Eggens', die inhoudt dat men eigendomsoverdracht en bezitsverschaffing niet van elkaar kan scheiden.

Bezit: feit én recht

In de literatuur wordt nog steeds de vraag aan de orde gesteld of bezit nu een feit of een recht is. Op grond van de totstandkoming van de bezitsomschrijving van het Ontwerp en het BW luidt het antwoord op deze vraag dat bezit (en meer algemeen: het houderschap) in ons recht een feitelijke toestand inhoudt, zolang er geen wetsvoorschrift is dat hierop inbreuk maakt. Maar dit antwoord is onvolledig. Men kan de inhoud van het begrip 'bezit' niet alleen vaststellen aan de hand van de definitie, maar ook aan de hand van het door bezitsbescherming beschermde rechtsgoed. Idealiter zouden de uitkomsten van beide methodes met elkaar overeenkomen, maar dat is in ons BW niet het geval: daarin wordt bezit beschermd als een relatief zakelijk (of: goederenrechtelijk) recht. Hierdoor kent ons wetboek een dubbelzinnig bezitsbegrip: bezit is zowel feit als recht.

Meijers kwam na het opstellen van zijn concept-Bezittitel terug van zijn eerdere standpunt dat voor de bescherming van houderschap de politieke middelen (de actie uit onrechtmatige daad en het kort geding) volstonden. Hij besloot met name voor bezit een zakenrechtelijke beschermingsregeling toe te voegen en de wetgever heeft deze regeling overgenomen. Meijers' ommeswaai vloeit voort uit zijn keuze om het causale stelsel van eigendomsoverdracht op te nemen. Aan de hand van de wijzigingen in de concepten dateer ik deze keuze

ergens tussen 24 april en 24 juni 1948, dus ruim vóóordat de Hoge Raad op 5 mei 1950 het beroemde arrest *Damhof-De Staat* wees. Meijers' keuze voor het causale stelsel ondervond geen enkele weerstand in de Subcommissie: de notulen van de 90^e vergadering op 3 december 1949 vermelden dat 'Geen der aanwezigen voert bezwaren aan tegen het causale stelsel' (art. 4 lid 1).

Het causale stelsel van eigendomsoverdracht werd door een groeiend aantal juristen ingelezen in het wetsvoorschrift dat voor roerende goederen bepaalde dat het bezit daarvan als volkomen titel gold (art. 2014 OBW). Dit artikel zou de strekking hebben om een mislukte eigendomsoverdracht te helen, mits voldaan werd aan een aantal eisen zoals een geldige titel en verkrijging anders dan om niet (vgl. art. 3:86 BW). Terzijde merk ik op dat ik in het derde hoofdstuk heb betoogd dat men het wetsvoorschrift oorspronkelijk heeft bedoeld als een regeling ter bescherming van bezit. In de nieuwe lezing werd het dus verheven en ingezet ter heling van een mislukte eigendomsoverdracht. Meijers stond voor het oude recht een andere lezing voor: hij meende dat het inhield dat de bezitter te goeder trouw van een roerend goed als eigenaar diende te worden aangemerkt. Hij bekritiseerde de 'nieuwe leer' omdat deze aanvullende eisen stelde, die de werkingssfeer van het voorschrift beperkten: het zou bijvoorbeeld niet meer ingeroepen kunnen worden bij schenkingen of wanneer iemand het goed had verkregen op grond van een ongeldige of nadien vernietigde titel. Aanhangers van de 'nieuwe leer' erkenden de mindere bescherming. Van Oven pleitte daarom in 1908 al voor een wetswijziging: 'Wanneer men art. 2014 slechts aanvult met een acquisitieve eigendomsverjaring voor roerend goed en men stelt er de bezitsbescherming naast, dan heeft men de meest volledige regeling van het roerende goederenrecht die men zich denken kan.' Zo zou een in het causale stelsel onbeschermd bezitter toch bescherming genieten totdat hij door verjaring eigenaar werd. Het heeft er alle schijn van dat Meijers zich door dit advies heeft laten inspireren bij zijn regelingen van verjaring en bezitsbescherming.

In zijn Toelichting op het voorschrift voor de bescherming van bezit verwijst Meijers voor de twee grondslagen van bescherming nadrukkelijk naar het proefschrift van Van Oven, *De bezitsbescherming en hare functies* (1905). Van Oven onderscheidde daarin met betrekking tot bezitsbescherming met name tussen wat hij aanduidde als de politionele en de zakelijke functie. Volgens Meijers richt de politionele bescherming zich tegen het eigenmachtig optreden van hem die stoort, een handelwijze die onrechtmatig is, zelfs al zou het de rechthebbende zijn die haar bij wijze van eigenrichting toepast. Hij meent dat deze bescherming geen afzonderlijke wettelijke regeling vereist: daartoe zouden afdoende zijn de meer algemene regelingen van de vordering tot herstel wegens onrechtmatige daad en de voorziening in kort geding wegens de verbreking van een status quo. Voor de zakelijke bescherming ontwierp Meijers wél een apart

voorschrift. Hierop kunnen niet alle houders een beroep doen, maar alleen de subgroep van bezitters, omdat alleen die via de verkrijgende verjaring het recht op het goed kunnen verwerven. De Toelichting verwoordt het als volgt: ‘Het artikel beschermt aldus de lopende verjaring, het verwerpt het stelsel volgens hetwelk de bezitter op de dag der voltooiing der verjaring een volledig recht krijgt, doch de dag daarvoor nog iedere bevoegdheid mist.’

Het nieuwe recht kent dus een stelsel waarin het voorschrift de verjaringsbezitter beschermt door hem bevoegdheden toe te kennen. Voor verjaringsbezit volstaat overigens het enkele bezit: anders dan in het oude recht worden voor de verkrijging uit verjaring geen andere eisen gesteld dan bezit en tijdsverloop. Goede trouw doet niet ter zake: het loutere bezit verschaft recht. Of, zoals de jurist Paulus dit uitgangspunt al verwoordde: ‘Ongeacht de hoedanigheid van de bezitter, door het enkele feit dat hij bezitter is, heeft hij meer recht dan iemand die niet bezit. *Qualiscumque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet.*’ (D. 43,17,2).

Meijers beantwoordde in de Subcommissie de vraag hoe het aldus aan de bezitter toegekende bezitrecht zich verhoudt tot het recht van de rechthebbende. Een bezitter kan op grond van het voorschrift in beginsel *alle* acties van de rechthebbende gebruiken. Hij kan bijvoorbeeld afpaling, scheiding en deling en schadevergoeding vorderen, hij kan revindicatoir beslag leggen. Het bezitrecht is echter in rang achtergesteld aan het recht van de rechthebbende.

Na Meijers’ dood in 1954 werd zijn werk voortgezet door het zogeheten driemanschap: (Jan) Drion, Eggens en De Jong. Uit notulen van de wetenschappelijke discussies in de 9^e bespreking op 13 september 1954 blijkt dat er bij hen twijfel heeft bestaan over de zin van het voorschrift. Maar toch kwamen zij tot de slotsom: ‘De redactie van het ontwerp Meijers wordt gehandhaafd. De vraag doet zich voor, of de bezitsacties zin hebben naast het Kort Geding, maar men doet beter het bezit-systeem van Meijers in zijn geheel te laten.’ Zo bleef het Regeringsontwerp uiteindelijk gelijk aan het Ontwerp-Meijers. Uiteindelijk zijn in het ontwerpvoorschrift slechts wijzigingen van ondergeschikte betekenis aangebracht: de zakelijke bescherming van de bezitter is nagenoeg ongewijzigd overgenomen in art. 3:125 BW.

1.2 Inhoud van het bezitsbegrip van het BW

Ons wetboek maakt, in navolging van het Ontwerp-Meijers, bezit ondergeschikt aan het overkoepelende begrip ‘houderschap’. Een bezitter is steeds houder, zelfs een middellijk bezitter. Omgekeerd is niet elke houder bezitter, omdat houderschap ook detentie omvat. De inhoud van het bezitsbegrip is tweeledig. Dat is het gevolg van het feit dat de inhoud van de bezitsomschrijving niet over-

eenkomt met het rechtsgoed dat beschermd wordt door het (later ingevoegde) voorschrift voor bezitsbescherming.

De bezitsomschrijving brengt tot uiting dat bezit in de eerste plaats bestaat uit het uitoefenen van feitelijke macht: bezit is immers het houden van een goed voor zichzelf (art. 3:107 BW). De wetgever kan echter inbreuk maken op dit uitgangspunt door bezit van rechtswege toe te kennen, bijvoorbeeld bij opvolging onder algemene titel (art. 3:112 BW).

Men kan het bezitsbegrip ook afleiden met behulp van de regeling voor bescherming van bezit. Daarin wordt echter niet een feitelijke machtspositie beschermd, maar een recht op het goed. De regeling is gericht op het beschermen van de bezitter gedurende de lopende verjaring en staat daarom open voor elke bezitter (elk bezit is verjaringsbezit). Het voorschrift verleent de bezitter een relatief goederenrechtelijk recht. Dit recht verschaft de bezitter precies dezelfde bevoegdheden als die de rechthebbende toekomen, maar het neemt een lagere rang in.

2. De vormgeving van de regeling voor de bescherming van bezit

De regeling voor bescherming van bezit beoogt de bezitter goederenrechtelijke bescherming te bieden gedurende zijn lopende verjaring. De vormgeving is hierop afgestemd.

Meijers besloot een geheel nieuwe regeling op te zetten in plaats van voort te bouwen op de regeling van het OBW. Die beslissing is begrijpelijk wanneer men zich bedenkt dat de oude regeling als buitengewoon verwarrend aangemerkt mag worden, onder meer omdat ze de zakelijke functie van bezitsbescherming verenigde met de politionele. Meijers weigerde afzonderlijke politionele bezitsbescherming op te nemen: die wilde hij overlaten aan meer algemene regelingen. Bovendien wenste hij geen fundamenteel onderscheid meer te maken tussen het bezit van roerende en van onroerende goederen. Tenslotte wenste hij de bescherming tegen zowel bezitsverlies als bezitsstoring in één voorschrift te verenigen.

De vormgeving van de regeling is niet eenvoudig te doorgronden: er kan verwarring ontstaan omdat we er elementen in aantreffen uit drie verschillende rechtsbronnen, die ieder een eigen bezitsbegrip hanteren (het Romeinse, het canonieke en het inheemse recht van Germaanse oorsprong). In de Toelichting verwijst Meijers naar de *actio Publiciana* uit het Romeinse recht: in deze actie kon een eiser fingeren dat hij reeds door verjaring eigenaar was geworden. Daarvoor moest hij overigens niet alleen bezitter zijn, maar ook voldoen aan aanvullende eisen. Het BW volgt het Ontwerp en stelt de actie beschikbaar aan iedere bezitter, zonder aanvullende eisen te stellen.

Meijers' uitgangspunt voor de regeling was dan ook niet de *actio Publiciana*, maar de *Azione di manutenzione* uit het Italiaanse Burgerlijk Wetboek. Dit voorschrift kan als volgt vertaald worden:

Art. 1170. (Codice civile).

Diegene die gestoord is in ofwel in het bezit van een onroerende zaak, een op een onroerend goed rustend zakelijk recht of in een algemeenheid van goederen kan, binnen het jaar van de storing, de handhaving vragen in het betreffende bezit.

De actie wordt verleend wanneer het bezit langer heeft geduurd dan een jaar, vast en niet onderbroken is geweest en de bezitstoestand niet heimelijk of met geweld is verkregen. Indien de bezitstoestand heimelijk of met geweld is verkregen, kan de actie desalniettemin gebruikt worden, na het verstrijken van een jaar van de dag waarop het geweld of de heimelijkheid is gestaakt.

Ook hij die geen gewelddadige of heimelijke storing heeft ondergaan kan vragen om in het bezit te worden hersteld, onder de voorwaarden aangegeven in het vorige lid.

Deze actie is verwant aan de actie die in onze contreien bekend staat als het *mandament van maintenue* en ze stamt uit inheems gewoonterecht van Germaanse afkomst. Dat recht kent niet het onderscheid tussen bezit en eigendom, maar beschouwt bezit (*gewere* of *saisine*) als een recht. Dit recht is echter niet absoluut van aard, zoals het Romeinse eigendomsrecht, maar relatief: het bezitrecht kan een hogere of lagere rang innemen. Voor die rangorde is bepalend of de bezitter het goed al dan niet jaar en dag in bezit heeft gehad zonder rechtmatige tegenspraak ('*annaal bezit*'). De termijn van een jaar is verbonden met de zogeheten 'verzwijging': een vroegere bezitter die wel beschikt over de mogelijkheid om de huidige uit zijn bezit te stoten, maar gedurende deze termijn geen actie onderneemt, 'verzwijgt' zich. Omdat hij kennelijk instemt met de situatie, wordt zijn verzwijging in principe aangemerkt als vrijwillige afstand van zijn recht op het bezit.

Meijers bracht de zinsnede 'met geweld of heimelijk' (*violentemente o clandestinamente*) in verband met het verweer van gebrekkig bezit uit de interdictenbescherming van het Romeinse recht, de *exceptio vitiosae possessionis*. Als gebrekkig werd beschouwd bezit dat was verkregen *vi, clam aut precario*: met geweld, heimelijk of ter bede. De Germaansrechtelijke herkomst van het voorschrift verschafft reeds een aanwijzing dat deze band niet bestaat: daarom maakt de zinsnede ook geen gewag van de typisch Romeinsrechtelijke constructie van bezit ter bede, *precario*. 'Met geweld of heimelijk' ziet dan ook op onvrijwillig bezitsverlies: in het Germaanse gewoonterecht kon men zijn bezitrecht louter verliezen door vrijwillige overgave van het goed of op grond van een gerechtelijk vonnis. Huber duidde dit aan als de *Defensivwirkung* van de *Gewere*. Hieruit laat zich dan ook verklaren dat het laatste lid van het Italiaanse

voorschrift vermeldt dat óók een bezitsverlies zònder geweld of heimelijkheid de mogelijkheid opent voor het instellen van de actie: het verliezen van een goed is, anders dan het zich ervan ontdoen, immers per definitie onvrijwillig.

Het canonieke recht verschaftte het antwoord op een vraagstuk dat in het oude recht niet bestond: de verhouding tussen het relatieve bezitrecht en het absolute recht van de rechthebbende. Het spreekt voor zich dat het wetboek een rangregeling moest bevatten voor het geval beide rechten met elkaar in botsing zouden komen. In het oude recht was dit onmogelijk: daar waren bezits- en eigendomsacties namelijk strict van elkaar gescheiden (vgl. art. 130-132 Rv (oud)). Nu ligt het voor de hand om aan te nemen dat het relatieve recht steeds moet wijken voor het absolute recht. Dit was aanvankelijk ook Meijers' insteek. Hij wenste de eigenaar te voorzien van een verweer tegen de bezitsactie, namelijk het verweer van de rechtmatige eigendom, de *exceptio iusti domini* uit het Romeinse recht. Het bezwaar hiertegen was dat dit de rechthebbende in staat zou stellen om straffeloos eigenrichting te plegen. Visser van IJzendoorn wees er in de Subcommissie verder op dat dit zou leiden tot verschillende uitkomsten tussen de bezitsactie en de actie uit onrechtmatige daad en kort geding: de bezitsactie tegen de eigenrichting plegende rechthebbende zou moeten worden afgewezen, terwijl de bezitter in het kort geding of bij de onrechtmatige daadsactie in het gelijk zou moeten worden gesteld. Meijers relativeerde daarop de kracht van het verweer van rechtmatige eigendom door daar tegenover te stellen de canonierechtelijke regel die de inbreukmaker dwingt de status quo te herstellen, alvorens hij op geoorloofde wijze zijn recht geldend kan maken: *spoliatus ante omnia restituendus*. Het canonieke recht verschaftte dus de grondslag voor de wettelijke rangregeling die bepaalt wat te doen als de zakelijke functie van bezit in conflict komt met de politionele functie: de politionele functie geeft dan de doorslag.

Het Ontwerp-Meijers werkt de zakelijke bezitsactie uit in de eerste twee leden van het voorschrift: het eerste lid omschrijft de goederenrechtelijke bevoegdheden die het bezitrecht verleent, alsmede de vervalltermijn van dit recht die zijn grondslag vindt in de 'verzwijging' uit het inheemse recht van Germaanse oorsprong. Het tweede lid bevat de rangregeling voor het geval de zakenrechtelijke functie van bezitsbescherming in conflict komt met de politionele functie: eigenrichting is verboden.

Het derde lid en laatste lid van het voorschrift bevat een verwijzing naar de rechtsmiddelen die niet alleen de bezitter ten dienste staan, maar ook de overige houders (lees: detentoren). Elke houder kan ook nadat de vervalltermijn is verlopen, terugvallen op de politionele bescherming. Over deze verwijzing is het nodige te doen geweest, zo achtte Gerbrandy haar letterlijk 'mis-plaatst'. Het ligt voor de hand de verklaring te zoeken in Meijers' uitgangspunt voor de bezitsregeling, waarin niet de bezitter centraal staat, maar het overkoepelende

begrip ‘houder’. Dan valt met name te wijzen op de bevindingen van zijn onderzoek naar de verhouding tussen zakelijke rechtsvorderingen en rechtsvorderingen uit onrechtmatige daad, dat in 1912 in het *WPNR* verscheen. Meijers concludeerde daarin dat rechters stevast het recht verkeerd toepasten: wanneer zij een bezitsvordering afwezen, dan behóórden zij vervolgens na te gaan of de gepresenteerde feiten misschien nog aanleiding gaven tot toewijzing van een onrechtmatige daad, *ius curia novit*. Dit lieten zij echter veelal na: alleen een vonnis van de rechtbank te Alkmaar getuigde volgens hem van een juiste rechtsopvatting. In zijn vonnis van 9 mei 1895 overwoog de Alkmaarse rechtbank: “(...) dat toch hoezeer die schadevergoeding door den eischer wordt gegrond op de beweerde bezitsstoornis, uit welken hoofde die toewijzing als hierboven betoogd, hem niet kan volgen, het evenbedoelde feit een daad oplevert, waartoe de gedaagde erkent geenerlei recht of bevoegdheid te hebben gehad, waardoor hij mitsdien des eischers genot van diens eigendom schond en welke daad mitsdien is een onrechtmatige, op grond waarvan, met aanvulling door de Rechtbank van de rechtsgronden den eischer zijn vordering tot schadevergoeding behoort te worden toegewezen”. Meijers wenste deze rechtsopvatting te veralgemenen en dit kan verklaren waarom hij in het derde lid een expliciete verwijzing opnam naar de overige rechtsmiddelen.

Onze wetgever heeft geen materiële wijzigingen aangebracht in het systeem van bezitsbescherming, zoals door Meijers uitgewerkt in zijn Ontwerp (art. 3.5.17). Dat systeem heeft in al zijn onderdelen zijn weg gevonden naar ons wetboek als art. 3:125 BW.

3. Beoordeling van de regeling voor bescherming van bezit

In deze afsluitende paragraaf geef ik een kort oordeel over de wenselijkheid en vormgeving van de regeling voor bescherming van bezit. Dit doe ik aan de hand van de belangrijkste afwegingen die bij deze regeling zijn gemaakt. Voor een uitgebreidere uiteenzetting verwijs ik naar de hoofdtekst.

Het fundament van de regeling vormt het begrip ‘houderschap’. Dit is uiteindelijk een wazig begrip geworden, omdat Meijers vanwege problemen met het middellijk houderschap de traditionele scheidslijn tussen bloot-houder (*nudus detentor*) en bezitter liet varen. In zijn huidige vorm heeft ‘houderschap’ een drievoudige inhoud: het kan de situatie aanduiden waarin de bezitter of de houder feitelijke macht over een goed uitoefent, maar ook die waarin een wetsbepaling het bezit aan iemand toekent zonder dat deze persoon het goed onder zich heeft. Tenslotte geldt als houder iedereen, bezitter of detentor, voor wie een ander krachtens een of andere rechtsbetrekking de macht over het goed

uitoefent. Het is echter wel degelijk mogelijk om een scherpe scheiding tussen bezit en houderschap aan te brengen en zodoende de dubbelzinnigheid weg te nemen. Het oorspronkelijke uitgangspunt dat blote detentie en bezit begripsmatig van elkaar gescheiden zouden moeten worden, zou met een andere formulering gehandhaafd kunnen worden (hierboven weergegeven in § 1.1).

Zolang er geen scheiding tussen bezit en houderschap is aangebracht, is de door de Minister aangebrachte en door de wetgever aanvaarde titelwijziging van ‘Bezit’ naar ‘Bezit en houderschap’ (vgl. titel 3.5 van Boek 3) formeel gezien onjuist. In het huidige recht is bezit immers juist een vorm van houderschap.

De huidige omschrijving van de bezitter is, net als die van het OBW, gebaseerd op de bezitsverkrijging van het Romeinse recht: ze stelt de vereisten van bezitswil en uitoefening van feitelijke macht. De bezitsregeling kent echter twee *leges speciales*. Ten eerste wordt door middel van een wetsvoorschrift het bezit toegekend aan de opvolger onder algemene titel (art. 3:112 BW). Hiermee wordt voortgezet de verkrijging krachtens *saisine* van het oude recht (art. 597 OBW). Ik acht deze keuze voor handhaving van een ingeburgerde regel alleszins verdedigbaar: de rechtszekerheid is hiermee gediend. Het tweede wetsvoorschrift is met name van belang bij onroerend goed: het kent bezit toe aan de koper aan wie de verkochte zaak feitelijk is verschaft, terwijl de eigendom nog niet is overgedragen (art. 7:9 lid 2 BW). Dit bezit stelt de koper in staat aanspraak te maken op bezitsbescherming en verkrijgende verjaring. Ook met het bestaan van deze regel kan ik mij verenigen, met name omdat het alternatief, het aannemen van een houderschapsrelatie, een hoogst kunstmatig karakter heeft, met name in gevallen waarin de koper al aan het verbouwen slaat. Als ik het goed zie, heeft de wetgever ook deze *lex specialis* overgenomen en daarmee afstand genomen van de leer Eggens (‘men kan bezit niet overdragen los van het recht van eigendom’).

Het voorschrift voor bezitsbescherming maakt van bezit een recht. Dit conflicteert met de omschrijving van bezit als iets van feitelijke aard. Het probleem ligt in de gelijkschakeling van bezit met verjaringsbezit. Die gelijkstelling past niet in het stelsel van het Romeinse recht waaraan de bezitsomschrijving ontleend is. Het Romeinse recht beschouwde verjaringsbezit als iets van een andere orde: een dergelijk bezit moest voldoen aan een aantal aanvullende vereisten, zoals goede trouw. Meijers kon voor zijn regeling ter bescherming van het bezitrecht dus niet terugvallen op de *actio Publiciana*, maar moest zijn toevlucht nemen tot een andere rechtsbron: inheems recht van Germaanse oorsprong. Eigenlijk vraag ik me af of het de overzichtelijkheid van de regeling niet ten goede was gekomen als Meijers het onderscheid tussen bezit en verjaringsbezit in stand had gelaten. Hij had bijvoorbeeld voor verjaringsbezit alleen maar de extra eis van goede trouw hoeven te stellen om een dergelijke scheiding te bewerkstelligen. Die was volgens zijn eigen lezing ook

nodig voor de bescherming van art. 2014 OBW, het voorschrift waarvoor hij nu ter vervanging de aanvullende bezitsbescherming in het leven riep. Maar de vraag of ieder bezit moet verjaren is uiteindelijk natuurlijk een rechtspolitieke afweging en onze wetgever heeft haar bevestigend beantwoord.

De regeling laat de politionele bescherming van houders tegen onrechtmatige inbreuken op de status quo over aan de meer algemene regelingen van de actie uit onrechtmatige daad en de voorziening in kort geding. De keuze voor rechtsmiddelen die hun waarde in de praktijk al bewezen hebben ligt voor de hand. Omdat een onrechtmatige inbreuk op detentie even ongewenst is als een onrechtmatige inbreuk op bezit, ligt het voor de hand om de bescherming daartegen samen te nemen. Een afzonderlijke politionele bezitsbescherming van bezit is dan overbodig.

Dat er een nieuwe regeling voor zakelijke bezitsbescherming is opgesteld, in plaats van terug te vallen op voorschriften uit het OBW, acht ik een goede zaak. Uit mijn onderzoek van de bezitsregeling van het OBW in het derde hoofdstuk bleek dat deze op tal van punten onvolkomenheden bevatte en verwarrend was. Dit is ook het algemene oordeel dat men aantreft in de literatuur over de bezitsregeling van het OBW.

De zakelijke bescherming is in de literatuur wel omschreven als overbodig: de politionele bescherming zou volstaan. Ik deel deze mening niet. Politionele bescherming ziet in principe op bescherming van de status quo, van de feitelijke toestand. Wellicht kan het in veel gevallen ook beschermen tegen inbreuk op een recht, maar dat hoeft niet altijd het geval te zijn. De zaak *Damhof-De Staat* geeft een voorbeeld waarin het beroep op de actie uit onrechtmatige daad niet gehonoreerd werd, terwijl een actie gebaseerd op een recht van bezit wellicht uitkomst had geboden. De zakelijke bescherming van bezit vindt haar grondslag in het corrigeren van eventuele onbillijkheden van het causale systeem, niet in het tegengaan van onrechtmatige daden. De kwantitatieve behoefte aan deze extra bescherming zal wellicht niet groot zijn, dat geef ik grif toe. Desalniettemin acht ik het billijk om zakelijke bescherming te verschaffen aan de groep bezitters aan wie, althans in Meijers' leer, voorheen een beroep openstond op art. 2014 OBW.

Anderzijds is in de literatuur ook betoogd dat de zakelijke bezitsbescherming uitgebreid dient te worden en ook detentoren moet omvatten. Ik deel deze mening niet. Van Oven heeft er terecht op gewezen dat er dan wel eens een keten kon ontstaan die bestaat uit heel veel houders en dat het toekennen van een zakelijke actie aan iedere afzonderlijke houder verwarrend kan werken. Het verschil tussen de detentor en de bezitter is dat de laatste door verjaring volledig rechthebbende kan worden, de detentor niet. De bezitter heeft dus een groter belang bij het goed en juist in dat belang zou men de rechtvaardiging kunnen zien van de hem toegekende bevoegdheden. Gedupeerde detentoren kunnen via

hun rechtsbetrekking met de bezitter verhaal halen op degene die, bijvoorbeeld door diefstal, inbreuk heeft gemaakt op hun recht. Zelf kunnen ze gebruikmaken van de politionele bescherming tegen inbreuken op de status quo en Van Oven wees er al op dat de uitkomst daarvan niet verschilt van de zakelijke actie: ook zakelijk gerechtigden worden door derdenbeschermende bepalingen beperkt in hun mogelijkheid om verhaal te zoeken. Het BW biedt de bestolen houder tenslotte de mogelijkheid om het goed op te eisen van een faillerende dief, of van een eventueel opvolgende faillerende bezitter te kwader trouw.

De huidige bezitsregeling geeft één zakelijke bezitsactie voor de bescherming van bezit van zowel roerend als onroerend goed. Dit is zeker een verbetering ten opzichte van het OBW. In het derde hoofdstuk heb ik uiteengezet dat juist de overheveling door de Commissie van Redactie van de bescherming van roerend goed van de ene bezitsactie naar de andere (van de *réintégrande* naar de *maintenue*) in het oude recht voor veel verwarring heeft gezorgd. De Commissie verliet daarmee tevens het uit het Franse recht stammende uitgangspunt dat men de ene actie diende in te stellen bij bezitsstoornis (*trouble*) en de andere actie bij al dan niet gewelddadig bezitsverlies (*perte*). Meijers vereenvoedigde de regeling aanmerkelijk door opname van beide grondslagen in één bezitsactie. Ook deze vereenvoudiging merk ik aan als een verbetering.

De zakelijke bezitsactie bevat een rangregeling voor het geval het zakelijke bezitrecht en het absolute recht van de rechthebbende met elkaar botsen. In principe gaat dan het absolute recht voor, maar niet in alle gevallen: het is de rechthebbende niet toegestaan eigenrichting te plegen. Bij eigenrichting dient de bezitsactie te slagen op grond van het canoniekrechtelijke uitgangspunt dat de status quo eerst hersteld dient te worden, voordat iemand op geoorloofde wijze zijn recht geldend kan maken. Ieder die de ordenende taak van het recht doorslaggevend acht en eigenrichting afwijst, zal deze beperking waarderen.

Het derde lid van het voorschrift bevat een verwijzing naar de actie uit onrechtmatige daad (de verwijzing naar het kort geding is geschrapt: zij zou overbodig zijn). Deze bescherming staat niet alleen de bezitter ten dienste, maar iedere houder, dus ook de detentor. Gerbrandy stelde de vraag aan de orde of een Burgerlijk Wetboek verwijzingen dient te bevatten, maar de opname van het derde lid valt wel te begrijpen. Zij vloeit voort uit de wens van de ontwerper om de regeling van zowel zakelijke en de politionele bescherming in één voorschrift te benoemen. Dit zou bovendien kunnen leiden tot een betere wetstoepassing. Uit onderzoek was Meijers gebleken dat rechters stevast het recht verkeerd toepasten: wanneer zij een bezitsvordering afwezen, dan behóórdten zij vervolgens na te gaan of de gepresenteerde feiten misschien nog aanleiding gaven tot toewijzing van een onrechtmatige daad. Meijers stelde echter vast dat zij dit veelal achterwege lieten.

Résumé

La présente thèse se propose de discuter la réglementation en matière de protection de la possession telle qu'adoptée et codifiée par le législateur néerlandais à l'article 3:125 du Code civil, abrégé ici par BW (*Burgerlijk Wetboek*).

Actions juridiques du possesseur et *houder* d'un bien contre tiers

- 1. Celui qui a acquis la possession d'un bien dispose contre les tiers, au cas de perte ou de trouble subséquent dans sa possession, des mêmes actions que le titulaire pour recouvrer le bien ou faire cesser le trouble. Néanmoins, ces actions doivent être intentées dans le délai d'un an à compter de la perte ou du trouble.
- 2. L'action est rejetée si le défendeur a un meilleur droit à retenir le bien que le demandeur ou qu'il a troublé ce dernier dans sa possession en vertu d'un meilleur titre, à moins que le défendeur, de façon violente ou clandestine, n'ait enlevé la possession du bien au demandeur ou ne l'ait troublé dans sa possession.
- 3. Le présent article ne porte pas atteinte au droit du possesseur, même après l'expiration de la période d'un an visée au premier paragraphe; ou à celui de l'*houder*, d'intenter une action en responsabilité civile, s'il y a cause.

La législation à l'étude trouve son origine dans l'ébauche du livre 3 du Code réalisée par Meijers, qu'elle recopie presque sans y apporter de modification. Il convient alors de s'interroger ici sur la substance du concept de possession ainsi que sur les manières dont elle est protégée par le droit néerlandais. Qu'est-ce que la possession? Le cadre légal actuel est-il adéquat, ou devrions nous y apporter un changement, voir même simplement nous en débarrasser? Sont autant de thèmes que cette thèse se propose de traiter.

Tout au long de la période législative, divers points de vue, visant à apporter des solutions à ces questions, se sont d'ailleurs opposés. Ainsi, aucun consensus n'a pour l'instant été trouvé et l'essence du concept de possession est toujours contesté, comme l'est celui de sa protection, ou de manière plus générale comme l'est la protection de l'*houderschap*.

La présente étude s'articulera donc autour de deux axes de recherche majeurs:

1. Le développement du concept légal de 'possession' – tel qu'il est défini le Code Civil néerlandais – ainsi que sont contenu.
2. L'élaboration du cadre légal de protection de la possession ainsi que les conceptions qui lui sont attachées.

Il est aujourd'hui de notoriété publique que Meijers n'a pas souhaité faire de la

rédaction des dispositions concernant la possession une expérience juridique. À l'inverse, il a tenté d'utiliser 'l'instillation de plusieurs siècles de sagesse' comme base de rédaction. Aussi, la doctrine de protection de la possession fait montre d'une longue tradition historique, qui a laissée de manière manifeste des traces dans la législation actuelle.

Cette histoire sera mise en lumière dans les trois premiers chapitres. Les deux premiers s'attacheront à analyser les différentes formes de protection offertes par trois systèmes juridiques: le droit Romain, le droit Canon, et le droit indigène d'inspiration germanique. Quant au troisième, il tentera d'expliquer dans quelle mesure des éléments de ses trois systèmes se sont retrouvés agrégés dans la codification précédent le Code civil actuel: Le *Wetboek Napoléon ingerigt voor het Koninkrijk Holland* ou Code Napoléon établi pour le Royaume de Hollande (1809-1811), le *Code civil* (1811-1838), et le *OBW* aussi connu sous le nom de vieux Code civil (1838-1992). À l'aide d'un examen du contexte historico-légal, l'étude veut identifier ainsi qu'expliquer les choix faits par les rédacteurs comme par le législateur, le but final étant d'apprécier l'économie générale de la réglementation ainsi que la désidérabilité du régime de protection actuel.

1 Développement et essence du concept de 'possession'

1.1 Le développement du concept de 'possession'

Houderschap et possession

Il a toujours été clair que le régime légal attaché à la possession, tel que défini dans le vieux Code civil, serait soumis à une révision complète et minutieuse. Déjà dès 1880, le ministre de la Justice Anthony Modderman, insistait sur sa révision dans une lettre adressée au Roi. Meijers lui-même souligna en son temps la nécessité d'une intervention législative dans son article *Het feillooze deel van ons Burgerlijk Wetboek*, [ndlr la partie sans faille de notre Code civil] (1928).

Meijers n'a pas recherché à faire des parallèles avec les codes étrangers qui distinguent plusieurs formes de possession telles que, la *possession parfaite* (*possessio ad usucapionem*: une possession qui a pour but d'acquérir la propriété à travers la prescription), la *possession imparfaite* (*possessio ad interdicta*: une possession protégée par le droit) ou la *possession naturelle* (*possessio naturalis*: la simple détention physique au profit d'un autre). Il a d'ailleurs questionné l'utilité de ce genre de distinctions, les croyant superflues à la protection de la possession. Pour Meijers, la dite protection était adéquatement fournie par le recours général contre les actes illégaux et la possibilité d'entamer une procédure sommaire afin d'obtenir des mesures conservatoires. Il estimait

donc peu nécessaire l'existence d'un recours spécifique. Pour lui, il était surtout nécessaire de faire la distinction entre l'exercice d'un pouvoir de maîtrise sur une chose qui pourrait mener à une acquisition par prescription (possession) et l'exercice d'un pouvoir de maîtrise sans opportunité d'acquisition (détention). Meijers utilisa cependant pour les deux variantes le terme universel de *houder-schap*, dont la notion de *keepership* en anglais se rapproche. Un possesseur est donc aussi conçu comme un *houder*, comme en témoigne une des notes explicatives, 'Il suit de la description générale de la possession du paragraphe premier que chaque possesseur d'un bien doit être qualifié comme *houder*, à la fois la personne qui en a l'immédiate possession mais aussi celle qui en a la possession indirecte, c'est-à-dire, la situation dans laquelle la maîtrise matérielle est exercée par un possesseur-intermédiaire, qui exerce cette maîtrise pour le compte du possesseur.

À la version précédente du titre 'Possession', on trouve encore cette définition:

Art. 1.

Le *houder* d'un bien est une personne, qui est capable d'exercer un contrôle réel sur le bien.

Le possesseur d'un bien est une personne, qui détient le bien pour lui même (possesseur immédiat) ou pour qui quelqu'un détient ce bien.

Cet article montre bien ce que Meijers veut signifier avec sa notion de *houder*. Son système est basé sur le postulat que celui qui peut exercer un contrôle réel sur le bien est soit un *houder* détenteur, ou bien un *houder* qualifié, le possesseur.

Il définit le possesseur immédiat grâce à l'utilisation des deux critères du droit Romain des biens concernant l'acquisition d'une possession: le contrôle physique réel, *corpus*, et l'intention de posséder, *animus*. D'autre part, le statut du détenteur est obtenu seulement sur la base de l'exercice d'un contrôle réel. D'un point de vue purement juridico-dogmatique ce système pose deux problèmes. Premièrement, le système de Meijers n'offre pas la possibilité d'un *houderschap* indirect, c'est à dire la situation dans laquelle le détenteur détient pour un autre détenteur. Jan Drion en arriva à cette situation lors d'une conversation avec Meijers, le second paragraphe de l'article transformera le locataire d'un objet en un possesseur indirect. Deuxièmement, Meijers applique un critère erroné pour définir l'*houderschap*, la détention n'est pas définie par l'exercice d'un contrôle réel, mais bien par la relation légale entre le détenteur et le possesseur.

Dans sa version, Meijers a maintenu la définition du possesseur. Cependant du fait de ce problème lié à l'*houderschap* indirect, il a choisi de se débarrasser de celle du détenteur. Dans sa note explicative, il justifia cette omission d'une

définition de l'*houder* en arguant qu'elle n'aurait qu'une valeur douteuse puisque le concept d'*houderschap* est déterminé à la fois par une situation de fait et de droit. En fait, l'*houderschap* (incluant la possession) est originellement l'exercice d'un contrôle réel. Néanmoins, certains articles peuvent changer cette conséquence. C'est par exemple le cas avec la règle de succession via titre universel qui assigne la possession par opération du droit (principe de saisine: le mort saisit le vif; *der Tote erbt den Lebenden*). Le problème de l'*houderschap* intermédiaire a toutefois été remarqué et résolu par le ministre, qui ajouta un paragraphe supplémentaire à la définition, exprimant l'*houderschap* de la même manière qu'il soit immédiat ou indirect.

Supprimer la définition d'*houder* eut une conséquence que Meijers regretta par la suite. Cela mit fin à l'opposition traditionnel détenteur v. possesseur. En 1948, Meijers exprimait encore des réserves rappelant que 'l'on dévierait de manière significative de la terminologie traditionnelle: si après tout, l'on transformait tous les possesseurs en *houder*, faisant d'un *houder* bien plus que le *nudus detentor*'. Malgré cela, il en accepta la conséquence. Aussi, dans une réunion du sous-comité chargé du droit civil de la commission royale pour la législation du droit privé, tenue en 1949, Bregstein remarquait que 'la version utilise le terme '*houden*' [**tenir**] dans un sens bien plus large que la législation existante. Le président [Meijers, *ndlr*] l'approuve.'

Du reste, il serait un euphémisme que de remarquer que '*houden*' a reçu un sens plus large. En effet, dans la nouvelle terminologie '*houden*' est un concept vague qui décrit non seulement la situation dans laquelle un possesseur ou détenteur contrôle un bien, mais aussi la situation dans laquelle la législation assigne à une personne la possession sans même détenir le bien. Finalement, le Code civil utilise ce terme pour toute personne, possesseur ou détenteur, pour qui un autre exerce un contrôle réel dans le cadre d'une relation légale: le *houder* indirect. Par conséquent, même un possesseur indirect est considéré comme un *houder*...

Cette conséquence était inutile et il aurait été possible de maintenir la terminologie traditionnelle. Par exemple, les définitions suivantes auraient pu être utilisées:

Houderschap (détention)

Un *houder* immédiat est la personne, qui, en vertu de sa relation légale avec le possesseur, exerce un contrôle réel sur le bien de celui-ci. Un *houder* peut aussi détenir de manière indirecte par le biais d'un autre *houder*. Ceci n'affecte pas la possession.

Possession

Un possesseur immédiat est une personne qui exerce un contrôle réel sur un bien pour lui-même, ou pour la personne qui est reconnu comme possesseur au vu de la loi.

Un possesseur peut aussi posséder de manière intermédiaire indirecte par le biais d'un *houder*.

La possession fondée sur des dispositions statutaires

Concernant la possession, Meijers a par deux fois fait usage de dispositions statutaires pour assigner la possession par opération de droit. Premièrement, une disposition a été créée afin de maintenir l'acquisition de la possession par titre universel (art. 3:112 BW). Deuxièmement, une disposition a été utilisée dans le cadre de la régulation des ventes de propriété enregistrée, où un acheteur – dans la période suivant l'action factuelle de livraison (par exemple la remise des clefs) – mais avant la livraison légale (remplir le registre officiel ou l'acte notarié), peut être considéré comme un détenteur pour le vendeur, alors que Meijers voulait le qualifier de possesseur (art. 7:9 paragraphe 2 BW). Finalement, la mort de Meijers l'empêcha d'achever son travail sur le titre *Vente et Troc* de sa version du Livre 7, de sorte que cela nous a aussi privé de toute note explicative. Cependant, j'ai soutenu qu'il est probable que le législateur néerlandais ait accepté cette disposition. Sa codification attesta d'une prise de distance de la part du législateur par rapport à la doctrine proposée par Eggens qui implique que le transfert de la propriété et l'acte de livraison (Latin: *traditio*) sont inséparables.

La possession: état de fait et droit

Dans la littérature, la question de la nature de la possession – état de fait ou droit – revient souvent. Si l'on se base sur la définition de la possession présente dans l'ébauche du Code civil, la réponse est que le droit néerlandais considère la possession (et au sens plus large l'*houderschap*) comme un état de fait, sauf si une disposition statutaire explicite y contrevient. Cependant, cette réponse est incomplète. Il est non seulement possible de déterminer le contenu du terme 'possession' via sa définition, mais aussi grâce aux règles qui la protègent. Idéalement, les deux méthodes devraient produire le même résultat. Néanmoins, ce n'est point le cas dans notre Code civil: il protège la possession comme un droit relatif. À cause de cela, notre Code contient un concept ambiguë de la possession, la possession étant à la fois un état de fait et un droit.

Après avoir fini de rédiger son ébauche du titre sur la possession, Meijers reconsidéra sa position en vertu de laquelle la protection de la propriété ne nécessitait pas l'existence d'un recours spécial car une protection adéquate était déjà offerte par les 'dispositions-police' (par exemple: le recours général contre les actes illégaux et la possibilité d'entamer une procédure sommaire afin d'obtenir des mesures conservatoires). Il décida alors d'ajouter une mesure particulière pour la protection de la possession, que le législateur a par la suite codifiée. Ce changement d'avis peut être imputé à sa décision d'incorporer le

system causal de transfert de propriété dans son ébauche. C'est sur la base des changements apportés à ses concepts, que je date cette décision à la période qui s'étend du 24 avril au 24 juin 1948, bien avant donc que la Cour Suprême néerlandaise ne rende son arrêt significatif dans le cadre de l'affaire Damhof contre l'État néerlandais du 5 mai 1950. Le choix de Meijers ne rencontra pas de résistance de la part des membres du sous-comité. En effet, les minutes de leur 90eme rencontre – datant du 3 décembre 1949 – rapportent qu' 'Aucun des présents n'objecte au système causal' (art. 4 paragraphe 1 de l'ébauche).

Le système causal de transfert de la propriété a été interprété par un nombre croissant de juristes, comme étant à la base de la disposition qui spécifie que la possession équivaut à un titre parfait pour les biens meubles (art. 2014 OBW, qui apparemment codifie Bourjon, ce dernier enseignant que pour les biens meubles '*la simple possession produit tout l'effet d'un titre parfait*'). Selon cette 'nouvelle doctrine', aussi connu sous le nom de *doctrine Scholten*, la disposition serait essentiellement voulu pour réparer un transfert de propriété raté, à condition qu'un certain nombre de critères soient remplis, comme par exemple l'existence d'un titre valide et d'un transfert qui n'a pas été accompli gratuitement (se référer à l'art. 3:86 BW). Par ailleurs, je remarque que j'ai défendu que dans le troisième chapitre, originellement cette disposition été voulue comme une protection de la possession. Dans la nouvelle lecture cependant, elle a été élevé au rang de et utilisé comme une cure contre les transferts de propriété ratés. Meijers interpréta cette disposition différemment. Il croyait qu'elle précisait qu'un possesseur en *bona fide* d'un bien meuble devait être reconnu comme son propriétaire. Il critiqua donc la 'nouvelle doctrine' puisqu'elle établissait des conditions additionnelles qui limitaient la portée de la disposition. Par exemple, la disposition ne pouvait plus être invoquée dans le cadre des donations, ou de la situation où le récipiendaire avait acquit le bien meuble sur la base d'un titre invalide ou d'un titre qui avait été nullifié par la suite. Les défenseurs de la 'nouvelle doctrine' admirent l'infériorité de la protection qu'elle engendrait. Dès 1908, Van Oven proposait déjà de résoudre cette lacune en amendant le droit, disant 'si l'article 2014 était seulement complété d'une prescription acquisitive pour les biens meubles, en combinaison avec la protection de la possession, alors nous aurions la plus complète des législations sur la propriété des biens meubles que l'on puisse imaginer'. De cette manière, un possesseur, qui ne serait pas protégé comme un propriétaire par l'article 2014, serait cependant toujours capable de revendiquer une protection en tant que possesseur pendant la période de prescription. Une fois le bien acquit grâce à l'aide d'une prescription acquisitive, le nouveau propriétaire n'aurait plus besoin de cette protection de la possession. Selon toute vraisemblance, il semble que Meijers ait suivi le conseil de Van Oven lorsqu'il a rédigé son ébauche concernant la prescription acquisitive et la protection de la possession. En effet,

dans sa note explicative sur la protection de la possession, en décrivant les deux pierres angulaires de la protection, Meijers fait spécifiquement référence à la thèse de Van Oven, *De bezitsbescherming en hare functies*, [ndlr *La Protection de la Possession et ses fonctions*] (1905). Dans celle-ci, Van Oven distingue ce qu'il appelle la fonction de 'police' et ce que je traduirais comme la fonction de 'propriété' de la protection. Selon Meijers, la fonction de 'police' a pour but de protéger le possesseur contre toute action autoritaire de ceux qui pourrait perturber le possesseur, des actions vues comme illégales, et ce même si la perturbation a été causé par quelqu'un qui dispose d'un droit sur le bien mais qui décide de se faire justice lui-même. Toujours selon Meijers, cette fonction ne nécessite pas une disposition spéciale car le régime général de protection existant suffit: le fameux recours contre les actes illégaux et la possibilité d'entamer une procédure sommaire afin d'obtenir des mesures conservatoires en cas de violation du *status quo*. Cependant, Meijers a néanmoins rédigé une disposition spéciale concernant la fonction dite de 'propriété'. Dans le cadre de cette fonction, la possession est vue comme un droit plutôt que comme un état de fait et requiert donc une forme de protection différente. Cette protection n'est pas octroyée à tous les *houders*, mais seulement au sous groupe des possesseurs, car ils sont les seuls à pouvoir acquérir un droit de propriété sur le bien (grâce à la prescription acquisitive). Dans ses notes explicatives, Meijers explique son objectif 'Par conséquent, la disposition protège la période actuelle de prescription, et rejète le système dans lequel le possesseur est doté d'un droit de pleine propriété le jour ou le délais de prescription arrive à son terme mais ne dispose d'aucune autorité quant au jour d'avant.'

Ainsi, le nouveau Code contient un système dans le lequel la disposition protège le possesseur qui peut acquérir la propriété grâce à l'action de la prescription acquisitive et fourni au dit possesseur des pouvoirs. Il est intéressant de noter que pour cette prescription, le Code ne requiert rien d'autre que la possession. À l'inverse de l'ancienne législation, la nouvelle n'exige que la possession et une période spécifique de temps. La *bona fides* ne compte plus, puisque la simple possession donne accès à un droit, ou comme l'avait déjà dit le juriste Paulus 'Celui qui est un possesseur a par le fait même de son statut de possesseur un droit plus grand que celui qui ne possède pas', *Qualiscumque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet.*' (D. 43,17,2).

Au sein du sous-comité, Meijers s'affaira à réfléchir sur les manières dont, le droit fourni au possesseur, est lié au droit des titulaires sur le bien. Sur la base de la disposition, un possesseur peut en principe utiliser tous les moyens légaux qui sont à disposition des titulaires sur le bien. Par exemple, il peut faire délimiter le bien, ou encore demander sa séparation, sa division, voir revendiquer une compensation si le bien est endommagé ou détruit. Il peut aussi saisir le bien.

Par contre, son droit de possession est subordonné au droit du titulaire.

Après la mort de Meijers, son travail fut repris par un groupe connu sous le nom de ‘trio’: (Jan) Drion, Eggens et De Jong. Les minutes de leurs discussions scientifiques lors de la 9^{ème} réunion – du 13 septembre 1954 – font montre de leurs doutes à propos du sens de la nouvelle disposition. Cependant il conclurent ‘La formulation de la version de Meijers sera maintenu. Néanmoins, la question de savoir si les actions possessoires font sens se doit d’être posée, à l’exception de la possibilité d’entamer une procédure sommaire. Cependant, le système possessoire de Meijers restera intacte’. Par conséquent, le projet de loi gouvernemental resta finalement identique à la version de Meijers. En fin de compte seul des changements d’importance mineure furent introduits. La disposition pour la protection du possesseur, presque inchangée, s’est finalement retrouvée dans l’article 3:125 du nouveau Code civil.

1.2 *Le substance du concept de possession.*

En suivant la version de Meijers, le Code civil néerlandais subordonna la possession au concept fondamental de *houderschap*. Un possesseur est toujours un *houder*, même s’il n’est qu’un possesseur indirect. D’un autre côté, tous les *houders* ne sont pas des possesseurs puisque l’*houderschap* comprend aussi la détention. Il est donc clair que la substance du concept est double. Cela résulte du fait que le contenu de la description de la possession n’équivaut pas au droit, qui est l’objet de la disposition de l’article 3:125 BW sur la protection. Cette disposition a été rajouté au titre, déjà formé, et qui considérait la possession comme un état de fait.

La description de la possession exprime que la possession consiste principalement en un état de fait. La possession est, après tout, le fait de détenir une propriété pour soi même (art. 3:107 BW). Cependant, le législateur peut s’infiltrer dans ce principe primordial en accordant la possession par opération de droit; par exemple dans le cas des successions par titre universel (art. 3:112 BW).

Il est aussi possible de déduire la substance de la possession à l’aide des règles liées à sa protection. Néanmoins, ces règles protègent le droit sur un bien plutôt qu’une situation de contrôle factuel. Son objectif est de protéger le possesseur durant la période de prescription et de fait tous les possesseurs peuvent invoquer cette protection (chaque possesseur peut acquérir le bien grâce à la prescription). La disposition fournie donc au possesseur un droit de propriété limité. Ce droit donne accès à des pouvoirs qui correspondent à ceux qui peuvent être exercés par un titulaire, mais ils restent inférieurs à ces derniers.

2 La conception du cadre légal de protection de la possession

Ces dispositions de protection de la possession sont destinées à fournir au possesseur un droit de propriété pendant sa prescription acquisitive. Sa structure est adaptée à ses objectifs.

Meijers a décidé de créer un cadre légal entièrement nouveau, plutôt que de construire sur le régime existant de l'OBW. Cette décision fait sens quand on considère que la vieille législation peut être vue comme extrêmement confuse, puisque *inter alia*, elle unit la fonction de 'propriété' de la protection de la possession avec la fonction de 'police'. Meijers refusa de créer des dispositions 'police' de protection de la possession séparées, puisqu'il croyait que la disposition générale devait se charger de cette protection. En outre, il ne voulait plus faire de distinction en la protection de la possession des biens meubles et celle des biens immeubles. De plus, il cherchait à unifier en une seule disposition, non seulement la protection contre la perte de la possession mais aussi celle contre les ingérences avec la possession.

Toutefois, la structure de la disposition n'est pas simple à comprendre et il existe un risque clair de confusion puisque se retrouvent mélangés des éléments de trois sources de droit différents dont chacune utilise sa propre conception de la possession (Le droit Romain, le droit Canon et le droit indigène d'inspiration germanique). Toujours est-il que dans les notes explicatives, Meijers fait référence à l'*actio Publiciana* du droit Romain. Cette action autorise un requérant à utiliser une fiction juridique qui implique qu'il est déjà devenu le propriétaire via prescription acquisitive. Cependant, afin d'utiliser cette procédure, le requérant a besoin de remplir certaines conditions, la simple possession ne suffit pas. Le BW, suivant l'ébauche, rend cette procédure disponible à chaque possesseur, sans imposer de conditions supplémentaires.

Le point de départ pour Meijers à propos de la disposition était donc non pas l'*actio Publiciana* mais l'*Azione di manutenzione* issu du Code civil italien (art. 1170 *Codice civile*). Cette disposition peut être traduite comme il suit:

Azione di manutenzione

Une personne dérangé soit dans la possession d'un bien immeuble, d'un droit de propriété d'un bien meuble ou d'un *universitas* de bien meuble (*universalità di mobile*), peut, pendant l'année du trouble, exiger d'être maintenu dans la même possession.

Cette procédure est accordée quand la possession a duré plus d'une année, quand elle a été continue et interrompue et quand elle n'a point été acquise par force ou dans le secret. Dans l'éventualité où la possession a été acquise clandestinement ou par la force, la procédure peut être néanmoins utilisée, après qu'une année se soit écoulée depuis que le jour ou la violence ou le secret ait cessé d'exister.

Aussi celui qui n'a pas connu de violence ou d'ingérence clandestine, peut exiger

d'être maintenu dans sa possession, sous réserve des conditions indiquées dans le paragraphe précédent.

Cette procédure est reliée à celle connu sous le nom de *mandament van maintenue* aux Pays-Bas et trouve son origine dans le droit coutumier des indigènes germaniques. Cette loi ne fait pas la distinction entre la possession et la propriété, mais considère la possession (*Gewere* ou *saisine*) comme un droit. Toutefois, ce droit n'a pas une nature absolue, comme le *dominium*, il est relatif. Un droit de possession peut être soit supérieur ou inférieur à un autre droit de possession. La position adéquate dans la hiérarchie étant déterminée par le fait que le possesseur a détenu le bien pendant une période de temps donnée – souvent 'un an et un jour' – sans que cette possession ne soit remise en cause devant la cour (*Besitz von Jahr und Tag; possession annale*). Cette période de temps est liée à un concept légal qui en droit germanique est appelée *Verschweigung* et que Hübner traduit, dans son *Histoire du Droit germanique privé*, comme 'exclusion-tacite' ou 'prescription-conciliante', ajoutant que: 'quiconque désire contester quelque état de choses comme illégal était requis de le faire pendant une certaine période de temps et après qu'il ait reçu une notice réelle; sinon il fermait sa bouche et par son propre silence antérieur ne pouvait plus se prévaloir de son droit'.

Meijers associa la phrase 'par force ou en secret' (*violentamente o clandestinamente*) avec la protection des moyens d'interdits en Droit Romain, en particulier avec l'exception de la possession défectueuse, *exceptio vitiosae possessionis*. Une possession qui avait été acquise par la force, en secret ou par supplication, était vue comme 'défectueuse': *vi, clam aut precario*. Mais les origines germaniques de la disposition italienne apportent déjà la preuve que cette connection n'existe pas. C'est aussi pour cela que la phrase ne mentionne pas la notion juridique romaine de *precario*. En fait, les termes 'par force ou en secret' font référence à la perte involontaire de possession. Dans le droit coutumier germanique, on ne pouvait uniquement perdre sa possession d'un bien par transfère volontaire ou par une décision de justice. Cela peut aussi expliquer pourquoi le paragraphe final de la disposition italienne dispose qu'une perte de possession sans force ou secret ouvre aussi la voie à l'utilisation de cette procédure. Perdre un bien s'avère être une chose différente que son transfert, comme la perte est par définition involontaire.

Le droit Canon nous apporte la solution à un problème qui n'existait pas dans l'ancienne législation: la relation entre le nouveau droit de propriété relatif et le statut de plein droit du titulaire. Cela va sans dire que le Code devrait apporter une solution pour les cas dans lesquels les deux droits entrent en collision. Cette collision était impossible dans l'ancienne législation, puisqu'elle séparait de manière stricte les procédures légales en matière de possession et de

propriété (art. 130-132 Code de procédure civile (ancienne versions)). Désormais, il paraît évident de supposer que le statut de plein droit ait préséance sur le droit relatif, initialement ce fut aussi la ligne d'approche de Meijers. Il voulait donner au propriétaire une défense contre les actions du possesseur, c'est à dire lui donner une défense de la vraie propriété, *exceptio iusti dominii*, originaire du droit Romain. Cependant, le problème que pose cette approche est qu'elle permettrait au titulaire de se faire justice soi-même en toute impunité. Par ailleurs, comme l'a bien souligné Visser van IJendoorn, à l'intérieur du sous-comité, cela pourrait mener à plusieurs conséquences entre d'un côté l'action possessoire et de l'autre côté le recours contre les actes illégaux et la procédure sommaire. L'action possessoire contre le propriétaire devrait être rejetée alors que le possesseur gagnerait l'action en responsabilité délictuelle et la procédure sommaire.

À ce sujet, Meijers mit en perspective la défense de vraie propriété en l'opposant aux règles de droit Canon qui imposent au transgresseur de restaurer le *status quo* avant qu'il puisse faire affirmer ses droits devant la cour: *spoliatus ante omnia restituendus*. De fait, le droit Canon sert de base nécessaire à la fondation de la hiérarchie entre les deux fonctions de protection de la possession. Si la fonction de 'propriété' entre en conflit avec la fonction de 'police', la fonction de 'police' aura le dernier mot.

La version de Meijers s'occupe de l'action possessoire dans les deux premiers paragraphes de la disposition. Le premier paragraphe décrit les compétences que confère le droit relatif ainsi que sa date de déchéance (qui trouve son origine dans le 'Verschweigung' ou 'exclusion-tacite'). Le deuxième contient les règles concernant la situation dans laquelle la fonction de 'propriété' de la protection de la possession rentre en conflit avec la fonction de 'police'; la justice personnelle n'étant jamais admise.

Le paragraphe final contient quant à lui une référence au recours qui peuvent être invoqués non seulement par les possesseurs, mais aussi par les autres *houders* (ici comprendre détenteurs). Chaque *houder* peut, même après la date de déchéance du deuxième paragraphe, se rabattre sur la protection offerte par la fonction de 'police'. Ce paragraphe a néanmoins été critiqué par Gerbrandy et d'autres, qui le considèrent littéralement 'déplacé', puisqu'il se réfère à des recours en dehors du Livre 3. On peut donc s'interroger sur les causes de cette référence faite par Meijers. Il va de soi de rechercher les raisons en étudiant la ligne de départ de Meijers, qui ne place pas la notion de possesseur au centre mais bien la notion globale de *houder*. Les résultats de sa recherche sur la relation entre les actions basées sur la propriété et les actions basées sur les actes illégaux – publiée dans un article en 1912 – sont donc particulièrement pertinents. Dans son article, Meijers avance que les juges ont invariablement mal appliqué la loi; lors du rejet une action possessoire ils auraient dû contrôler si les

faits présentés donnaient matière à autoriser une compensation sur la base d'un acte illégal.

Cependant, cela n'a jamais été fait. D'après Meijers, une seule décision rendue par une cour à Alkmaar fit montre d'une application correcte du droit. En effet, dans sa décision du 9 mai 1895, le tribunal de district d'Alkmaar considéra [traduit de manière libre] que '(...) même si l'exigence de compensation que le plaignant a fondé sur la base de la dite interférence avec sa possession, qu'un jugement - sur la base des raisons susmentionnées - ne peut suivre; le dit acte implique cependant qu'un acte a été commit, pour lequel le défendeur admit qu'il n'avait en aucun cas un droit ou un pouvoir, qui violait la jouissance de la propriété du plaignant et qu'un tel acte est donc illégal; sur la base duquel – après correction opérée par la Cour du fondement juridique de la plainte – le plaignant se doit d'être adjugé sa plainte pour dommages.' C'est cette conception du droit que Meijers souhaitait voir appliquer de manière générale, ce qui peut expliquer pourquoi il s'est référé de manière explicite à d'autres recours dans le troisième paragraphe.

Notre législateur n'a cependant pas introduit de changements significatifs dans le système de protection de la propriété, comme défendu et traité par Meijers dans son ébauche (art. 3.5.17). Le système a néanmoins trouvé sa place, et ce dans tous ses aspects, dans notre Code civil à l'article 3:125 BW.

3 Une évaluation de la législation sur la protection de la possession.

Dans ce paragraphe de conclusion, je vais tenter de brièvement évaluer la désidérabilité et la structure du cadre légal de protection de la possession. Pour une discussion plus en détail, je vous renvoie au texte principal.

Le concept de *houderschap* forme la base du cadre légal sur la protection de la possession. En fin de compte, il s'avère être un concept vague puisque Meijers abandonna la division traditionnelle entre détenteur (*nudus detentor*) et possesseur au vue des problèmes liés à l'*houderschap* indirect. Dans la situation actuelle, l'*houderschap* possède un sens triple: il peut désigner une situation où un possesseur ou un détenteur exerce un contrôle réel sur le bien, mais aussi une situation dans laquelle une disposition légale attribue à quelqu'un la possession, sans que cette personne ne détienne réellement le bien. Enfin, un *houder* regroupe toute personne, soit possesseur ou détenteur, pour qui un autre exerce un contrôle réel sur le bien sur la base d'une relation légale. Il serait possible, cependant, d'introduire une division claire entre possession et *houderschap* et donc de se débarrasser de cette ambiguïté. Le point de départ original – qui est de préférer une séparation conceptuelle entre la simple détention et la possession – pourrait avoir été maintenue grâce une version différente (se référer à

l'exemple donné dans le paragraphe 1.1).

Tant que la séparation entre la possession et l'*houderschap*, telle que proposée au dessus, n'a pas été effectué, le changement dans le titre 3.5 de *Bezit* (Possession) à *Bezit en houderschap* (Possession et *houderschap*) – introduit par le ministre et accepté par le législateur – est incorrect sur le plan formel. Après tout, la possession est une forme d'*houderschap* dans notre Code actuel.

La définition actuelle du possesseur est, comme l'est celle utilisée par l'OBW, basée sur la possession acquisitive du droit Romain. Elle requiert l'intension de posséder et l'exercice d'un contrôle réel. Cependant, il y existe deux exceptions possibles à cette règle, *leges speciales*. Le premier cas a trait aux successions par titre universel, où la possession est transmise par opération de droit (art. 3:112 BW). Le nouveau Code maintient donc l'acquisition basée sur la *saisine* de la vieille législation (art. 597 OBW). Je considère ce choix de maintenir l'ancienne règle totalement défendable sur la base du principe de certitude juridique. L'autre exception est d'une importance particulière dans le cadre d'achat de bien immobilier, elle alloue la possession à l'acheteur qui s'est vu livré le bien factuellement mais dont le droit de propriété n'a pas encore été transféré (art. 7:9 paragraphe 2 BW). Cela permet à l'acheteur d'être en mesure d'invoquer à la fois les règles en matière de protection de la possession mais aussi en matière de prescription acquisitive. J'approuve ces exceptions, puisque l'alternative – l'hypothèse de la détention dans ces cas – a un caractère très artificielle, et ce, spécialement dans les cas où l'acheteur a déjà commencé à reconstruire la dite propriété. Je crois pouvoir dire que le législateur a aussi accepté cette *lex specialis* et donc de fait s'est dissocié de la doctrine d'Eggen (‘il est impossible de transférer une possession de manière séparée par rapport au droit de propriété’).

Cette disposition pour la protection de la possession transforme la possession en droit. Cela rentre en conflit avec la description de la possession qui la définit comme un état de fait. Le problème résulte de l'identification de la possession (*possessio civilis*) avec la possession à des fins d'acquérir la propriété via la prescription (*possessio ad usucapionem*). Cette identification n'est pas compatible avec le système du droit Romain dont la définition de la possession dérive. Le droit Romain considère la possession à des fins d'acquisition de la propriété comme étant d'une nature totalement différente que la simple possession. Elle devait par exemple remplir un certain nombre de conditions supplémentaires telle que la *bona fides*. Par conséquent, Meijers ne pouvait pas utiliser l'*actio Publiciana* lors de la rédaction de sa version sur la protection du droit de possession mais dut se résoudre à utiliser d'autres sources de droit comme par exemple le droit indigène d'origine germanique. Je me demande donc si la disposition n'aurait pas été bien plus claire si Meijers avait laissé intacte la division qui existait entre les deux concepts de possession dans

l'ancienne législation. Il aurait seulement dû intégrer l'exigence de bonne foi afin d'accomplir cette division. Le critère de bonne foi était aussi requis dans sa propre interprétation de l'article 2014 OBW, et c'était la réinterprétation de cette disposition, qui selon Meijers, avait entraîné un besoin d'une disposition spéciale pour la protection de la possession. Néanmoins, la question de savoir si tous les possesseurs devraient être en mesure d'accéder à une prescription acquisitive reste en fin de compte une décision qui appartient au législateur, et notre législateur trancha dans cette affaire de politique juridique de manière affirmative.

La législation laisse la fonction de 'police' de la protection de la possession contre les actes illégaux au recours général concernant les actions délictuelles et aux recours sommaires. Ce choix en faveur de recours qui ont prouvé leur valeur par la pratique parle de lui-même. Comme une violation de la détention est de fait aussi indésirable qu'une violation de la possession, il fait sens de combiner leurs recours. Une 'police' de la protection de la possession séparée est donc superflue.

Je considère donc comme un étape positive qu'une nouvelle législation ait été rédigée pour la fonction de 'propriété' de la protection de la possession, et cela au lieu d'utiliser les dispositions existantes. Mes recherches sur la législation contenue dans l'OBW (se référer au troisième chapitre) ont démontré qu'il contenait des faiblesses sur de nombreux points et qu'il était largement confus. Ce même point de vue se retrouve d'ailleurs dans la littérature sur le sujet.

Certains auteurs considèrent que la protection basée sur la fonction de 'propriété' de la possession est superflue. Pour eux, une protection de 'police' serait suffisante. Je ne partage pas cette opinion. La protection de 'police' est largement tournée vers la protection du *status quo*, de la condition factuelle des choses. Peut-être que dans bien des cas cela protège aussi contre la violation d'un droit, mais cela n'est pas toujours le cas. L'arrêt *Damhof-De Staat* nous fournit d'ailleurs l'exemple d'une situation dans laquelle une revendication basée sur un acte illégal n'a pas été adjugée, alors qu'une action basée sur un droit de possession aurait pu avoir pour résultat une réparation. C'est la correction d'inégalités potentielles dans le système causal de transfert de propriété qui justifie la protection de la possession comme un droit plutôt que comme le traitement d'actes illégaux. Je suis plus que prêt à admettre que les besoins quantitatifs pour cette disposition supplémentaire ne sont pas réellement très élevés. Cependant, je considère cela juste de fournir cette protection au groupe des possesseurs qui – du moins selon l'interprétation de Meijers – pouvaient s'appuyer sur la protection offerte par l'article 2014 OBW.

À l'opposé, certains auteurs défendent l'idée que la fonction de 'propriété' de la protection de la possession a besoin d'être étendue jusqu'à inclure les détenteurs. Je ne partage une nouvelle fois pas cette vision. Van Oven a

correctement souligné que cela pourrait conduire à l'existence d'une chaîne de beaucoup d'*houders* et que donner accès à ce recours à chacun rendrait les choses confuses. Le détenteur et le possesseur diffèrent dans la mesure où le dernier peut devenir propriétaire via une acquisition prescriptive, et non le détenteur. Par conséquent, un possesseur a un intérêt plus grand dans le bien, et c'est exactement dans cet intérêt que l'on doit voir la justification des pouvoirs supplémentaires qui lui sont attribués. C'est par leur relation légale avec le possesseur que les détenteurs affectés peuvent obtenir des dommages auprès de la personne qui, par exemple par vol, a violé leur droit. Ils peuvent utiliser les recours de 'police' contre les violations du *status quo*. Van Oven a d'ailleurs signalé que le résultat de ces recours ne diffère pas des actions possessoires. Les titulaires sont aussi limités dans leurs possibilités d'obtenir réparation par des dispositions qui protègent les tierces personnes. Enfin, le Code civil offre au détenteur victime de vol, la possibilité de réclamer le bien dans les cas de faillite d'une part du voleur ou du possesseur suivant s'il a pris possession du bien en mauvaise foi.

La législation fournit une seule action possessoire aussi bien pour la protection des biens meubles que celle des biens immeubles. Cela peut très clairement être qualifié d'amélioration comparé à l'OBW. Dans le troisième chapitre, j'ai expliqué que le transfert – opéré par le Comité de rédaction – de la protection des biens meubles d'une action possessoire à une autre (par exemple depuis la *réintégrande* vers la *maintenue*) a mené à de grandes confusions dans l'ancienne législation. En faisant cela, le Comité de rédaction a aussi ignoré la ligne de départ – qui trouvait son origine dans le droit français – en affirmant que l'on devait utiliser une action particulière dans le cas d'un *trouble* ou dans l'autre cas concernant une *perte*. Meijers simplifia la législation en combinant les deux recours en un. Je considère aussi cette simplification comme une amélioration.

La législation apporte une solution à la situation dans laquelle le droit de possession relatif entre en conflit avec le statut de plein droit du titulaire. En principe le titulaire prévaut, mais pas toujours: ce dernier n'ayant pas le droit de se rendre lui-même justice. Dans l'éventualité où il viole cette règle, l'action possessoire est octroyée sur la base du principe de droit Canon qui veut que le *status quo* soit restauré avant que l'on puisse exercer ses droits. Quiconque accorde de la valeur à la fonction de régulation du Droit et rejette les tentatives de justice personnelle appréciera cette exception.

Le troisième paragraphe de l'article 3:125 BW fait référence à un recours contre les actes illégaux contenu dans l'article 6:162 BW (la référence aux procédures sommaires a été supprimée étant donné qu'elle était considérée superflue). Cette protection ne sert pas seulement le possesseur mais aussi n'importe quel *houder*, et donc le détenteur par la même occasion. Gerbrandy

s'attela à répondre à la question de savoir si un Code civil devait contenir des références, cependant l'incorporation du troisième paragraphe est compréhensible. Il émane du vœux des rédacteurs de mentionner à la fois la fonction de 'police' et la fonction de 'propriété' de la protection de la possession dans la même disposition. En outre, cela pourrait mener à une meilleur application de la loi. Les recherches conduites par Meijers démontrent que les juges ont invariablement mal appliqué la loi; lors du rejet d'une action possessoire ils auraient dû contrôler si les faits présentés donnaient matière à adjuger sur la base d'un recours à l'acte illégal (*ius curia novit*). Cependant, Meijers a démontré qu'ils ne le faisaient généralement pas.

Summary

This dissertation discusses the regulation of the protection of possession, such as adopted and laid down by the Dutch legislator in article 3:125 of the Civil Code, hereafter abbreviated as BW (Burgerlijk Wetboek).

Legal actions of the possessor and keeper of an asset against third persons

- 1. A person who has acquired the possession of an asset, may on this ground, in case of a later occurring involuntary loss of possession or interference with possession, bring in the same legal claims against third persons in order to achieve the return of his possession or the removal of the interference than the ones available to a proprietor of that asset. However, these rights of action must be exercised by the possessor within one year after the loss or interference.
- 2. A legal claim as meant in the previous paragraph is rejected if the defendant has a better title to hold or to use the asset than the plaintiff, unless the defendant has obtained or used the asset by force or in a stealthy way.
- 3. Nothing in this article deprives the possessor, even after the expiry of the year referred to in the first paragraph, or the keeper of the possibility, should there be grounds, to institute an action on the basis of an unlawful act.

This regulation has been copied almost unchanged from Meijers' Draft of Book 3 of the Code. It raises questions about both the content of the concept of possession and about the way it is protected under Dutch law. What is possession? Is its legal protection adequate, is change advisable, or could we even throw the regulation overboard as excess luggage?

During the period in which the draft was published and introduced into Parliament, different views were expressed as to the answers to these questions. No consensus was reached afterwards, either, and the content of the concept of possession is still contested. Similarly, no consensus has been found concerning the protection of possession, or, in a broader sense, the protection of keepership. This study aims to answer the following two research questions:

1. How was the legal concept of 'possession' in the Dutch Civil Code developed and what is its content?
2. How was the regulation for its protection designed?

It is well-known that Meijers did not wish to experiment when drafting his provisions, instead he tried to use 'the instillation of the considered wisdom of many centuries' as a basis. Now, the doctrine of protecting possession has an ancient history behind it, which has left unmistakable traces in the current regulation.

This history is highlighted in the first three chapters. The first two chapters describe the way in which three legal systems offer different forms of protection: Roman law, canon law and indigenous law of Germanic origin. The third chapter explains to what extent elements from these systems found their way into the codifications that preceded the current Civil Code: the *Wetboek Napoléon ingerigt voor het Koninkrijk Holland* or Code Napoléon established for the Kingdom of Holland (1809-1811), the *Code civil* (1811-1838), and the OBW or Old Civil Code (1838-1992). With the help of this legal historical framework, the choices made by the drafter and the legislator are identified and explained. The ultimate goal is to assess the design and desirability of the current regulation for protecting possession.

1. Development and content of the concept of ‘possession’

1.1 The development of the concept of ‘possession’

Keepership and possession

It was clear from the outset that the regulation of possession from the Old Civil Code would be thoroughly revised. As early as 1880, Minister of Justice Modderman insisted on revision in a letter to the King. Meijers himself underlined the necessity of legislative intervention in his article *Het feillooze deel van ons Burgerlijk Wetboek*, the flawless part of our Civil Code (1928).

Meijers did not seek a connection with foreign codes that distinguished between different types of possession, such as perfect possession (*possessio ad usucapionem*: possession for the purpose of acquiring ownership through prescription), imperfect possession (*possessio ad interdicta*: legally protected possession) and natural possession (*possessio naturalis*: mere corporal detaining on behalf of someone else). He questioned whether such a distinction was actually useful. It was superfluous for the protection of possession, he believed, because such protection was adequately provided by the general remedy against unlawful acts and the possibility to commence summary proceedings for provisional relief; a specific remedy was therefore deemed unnecessary. It was only necessary to distinguish between corporeal having that could lead to acquisitive prescription (possession) and corporeal having that could not (detention). Meijers used the all-encompassing term ‘keepership’ for both variants. A possessor is therefore also regarded a keeper, as becomes apparent from the Explanatory notes: ‘It follows from the general description of possession in the first paragraph that every possessor of an asset is to be qualified as “keeper”, both the person who has immediate possession, as the one who has mediate possession.’

In the earliest concept for the title 'Possession' one still finds the following definition:

Art. 1.

Keeper of an asset is the person, who is able to exercise actual control over it.

Possessor of an asset is the person, who detains the asset for himself (immediate possessor) or for whom another detains the asset.

The provision shows what Meijers means with 'keeping': his system is based on the premise that the one who can exercise actual control over the asset is either a keeper (detentor), or a qualified keeper, the possessor.

Meijers defines the immediate possessor by means of the two requirements in Roman property law for the acquisition of possession: actual control, *corpus*, and the intention to possess, *animus*. At the other hand, the status of detentor is granted solely on the basis of the exercise of actual control. From a legal-dogmatic perspective this is wrong for two reasons. First, Meijers' system does not offer the possibility of mediate keepership: the situation in which one detentor detains for another detentor. Jan Drion came out with this situation in a conversation with Meijers: the second paragraph would turn a tenant who rented out the object of his detention into a (mediate) possessor. Second, Meijers applies an incorrect standard for keepership: detention is not about the exercise of actual control, but about the legal relation between the detentor and the possessor.

In his Draft, Meijers maintained the definition of the possessor, but the problem with mediate keepership made him strike the description of the keeper. In his Explanatory notes he justified the omission of a definition for the keeper with the remark that it would have only dubious value, because 'keeping' is determined both by fact and by law. In short, keepership (including possession) is, in the first place, the exercise of actual control, but statutory provisions may change this outcome. This is, for instance, the case with the rule in succession by general title that assigns possession by right (principle of *saisine: le mort saisit le vif; der Tote erbt den Lebenden*). The problem of the mediate keepership was noticed and solved by the Minister, who added a paragraph to the definition that declared keepership in the same way as immediate or mediate.

Striking out the definition of the keeper produced a consequence that Meijers regretted: it terminated the traditional antithesis of detentor v. possessor. In 1948, Meijers still expressed reservations because 'one would deviate significantly from the traditional terminology: after all, it would turn every possessor into a keeper, thus making a keeper much more than the *nudus detentor*.' Yet, he accepted this consequence. In a meeting of the Subcommittee on Civil Law of the Royal Commission for the Legislation of Private Law

(hereafter referred to as: the Subcommittee) held in 1949, Bregstein remarked ‘that the Draft uses the term ‘keeping’ in a much broader sense, than it is used in existing law. The chairman [Meijers, *HHR*] endorsed this.’

It would be an understatement to remark that ‘keeping’ has been given a broader meaning. In the new terminology, ‘keeping’ is a hazy concept describing not only the situation in which a possessor or detentor actually controls an asset, but also the situation in which statutory provisions assign a person possession without him detaining the asset. Finally, the Civil Code uses this term for all persons, possessor or detentor, for whom another exercises actual control pursuant to a juridical relationship: the mediate keepers. Thus, even a mediate possessor is a ‘keeper’...

This outcome was unnecessary; it would have been possible to maintain the traditional terminology. For instance, the following definitions could have been used:

Keepership (or: detentorship)

An immediate keeper is the person who, pursuant to his juridical relation with the possessor, exercises actual control over the latter’s asset. A keeper can also keep mediately through another keeper: this does not affect possession.

Possession

An immediate possessor is the person who exercises actual control over the asset for himself, or the person that is regarded possessor by virtue of a statutory provision. A possessor can also possess mediately through a keeper.

Possession based on statutory provisions

In regards to possession, Meijers also made use of statutory provisions to assign possession by operation of law. He did so twice to grant someone the legal status of possessor. First, a provision was created in order to maintain the acquisition of possession by succession by general title (art. 3:112 BW). Second, a statutory provision was used in the regulation on the sale of registered property where the buyer, in the period following the factual act of delivery (e.g. the handing over of the keys), but before the legal act of delivery (the filing in the public records of the notarial deed) might be regarded as a detentor for the seller, whereas Meijers wanted to qualify him as a possessor (compare art. 7:9 paragraph 2 BW). Meijers’ death prevented him from finalising his work on the title *Sale and Barter* in his Draft of Book 7 and from providing Explanatory notes. However, I have argued that it is likely that the Dutch legislator accepted this regulation. Its codification meant that the legislator distanced himself from the doctrine proposed by Eggen, which implies that the transfer of ownership and the act of delivery (Latin: *traditio*) are inseparable.

Possession: fact and right

In the literature, the question is raised as to whether possession is a fact or a right. Based on the definition of possession in the Draft and the Civil Code, the answer to this question is that Dutch law considers possession (and, in a broader sense, keepership) to be a factual situation, unless there is an explicit statutory provision that contravenes this principle. However, this answer is incomplete. It is not only possible to determine the content of the term ‘possession’ by means of its definition, but also by means of the rules for its protection. Ideally, both methods should produce the same outcome, yet this is not the case in our Civil Code: it protects possession as a relative right on property. Because of this, our Code contains an ambiguous concept of possession: it is both fact and right.

After he had finished drafting the concept title on possession, Meijers reconsidered his position that for the protection of property no special remedy was needed because adequate protection was offered by the so-called ‘police provisions’ (i.e. the general remedy against unlawful acts and the possibility to commence summary proceedings for provisional relief). He decided to add a particular regulation for the protection of possession, which the legislator codified. Meijers’ change of heart was caused by his decision to incorporate the causal system of transferring ownership in his Draft. Based on the changes in his concepts, I date this decision in the period between 24 April and 24 June 1948, well before the Dutch Supreme Court decided the landmark case between Damhof and the Dutch State on 5 May 1950. Meijers’ choice for the causal system did not meet any resistance of the members of the State Subcommittee: the minutes of the 90th meeting on 3 December 1949 report that ‘None of those present objects to the causal system’ (art. 4 paragraph 1 Draft).

The causal system of transferring property was interpreted by a growing number of jurists to lie at the basis of the provision that specified that possession amounts to a perfect title for movables (art. 2014 OBW, which apparently codifies Bourjon, who taught that for movables ‘*la simple possession produit tout l’effet d’un titre parfait*’). According to this ‘new doctrine’, a.k.a. ‘Scholten’s doctrine’, the provision would essentially be intended to repair a failed transfer of ownership, provided a number of criteria were met, such as a valid title and a transfer that was not performed gratuitously (compare art. 3:86 BW). As an aside, I remark that I have argued in the third chapter that originally this provision was intended as a regulation for the protection of possession. In the new reading, however, it was elevated and used as a cure for a failed transfer of ownership. Meijers interpreted the provision differently: he believed that it specified that a *bona fide* possessor of a movable should be regarded as its owner. He criticised the ‘new doctrine’ because it posed additional requirements that limited the scope of the provision; for instance, the provision could no longer be invoked in cases of donation, or in cases where the recipient had

acquired the movable on the basis of an invalid title or a title that was voided later on. Advocates of the ‘new doctrine’ admitted the inferior protection. As early as 1908, Van Oven already proposed to solve this lacuna by amending the law, stating ‘if art. 2014 was only supplemented with an acquisitive prescription for movables, in combination with the protection of possession, then one would have the most complete regulation of movable property law one could imagine.’ This way, a possessor, who would not be protected as an owner by art. 2014, would still be able to claim protection as a possessor during the limitation period. Afterward, when he acquired the asset by means of acquisitive prescription and become owner, the possessory protection would no longer be necessary.

There is every appearance that Meijers took Van Oven’s advice to heart when he drafted the regulations for acquisitive prescription and for the protection of possession. In his Explanatory notes on the provision for the protection of possession, when describing the two cornerstones for the protection, Meijers specifically refers to Van Oven’s dissertation, *De bezitsbescherming en hare functies*, The Protection of Possession and its Functions (1905). In it, Van Oven distinguishes between what he refers to as the ‘police’ function and – what I will translate as – the ‘property’ function of protection. According to Meijers, the ‘police’ function aims to protect the possessor against high-handed actions by those who disturb the possessor, actions that are unlawful, even if the disturbance was caused by someone who actually has a right to the asset, but takes justice into his own hands. According to Meijers, this function does not need a specific regulation as the existing general protective remedies suffice: the remedy against unlawful acts and the possibility to commence summary proceedings for provisional relief after a breach of the status quo. Meijers did, however, draft specific regulation for the ‘property’ function. In this function, possession is regarded a right, rather than a factual status quo, and therefore it requires a different kind of protection. This protection is not awarded to all keepers, but only to the subgroup of possessors, because only these can acquire a right of ownership on the asset (by means of acquisitive prescription). In the Explanatory notes Meijers explains the objective as follows: ‘thus, the provision protects the current limitation period, it rejects the system in which a possessor is granted a full right on the day the limitation period is completed, yet lacks every competence on the day before.’

Consequently, the new Code contains a system in which the provision protects the possessor who can acquire ownership by means of acquisitive prescription and it provides such a possessor with competences. Interestingly, for this prescription the Code does not require anything but possession: unlike the old law, no demands exist other than possession and a specified period of time. *Bona fides* no longer matters: mere possession gives the right. Or, like the

jurist Paulus put it: 'He who has possession has by virtue of his being a possessor a greater right than somebody who does not possess'. *Qualiscumque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet.*' (D. 43,17,2).

In the State Subcommittee, Meijers answered the question how the right awarded to the possessor relates to the right of the person entitled to the asset. Based on the provision, a possessor can, in principle, use all legal actions that are available to the person entitled. For instance, he can have the boundaries of the asset marked, request its separation or division, claim compensation if the asset is damaged or destroyed, and he can seize the asset, as well. However, his right from possession is subordinated to the right of the person entitled.

After Meijers' death, his work was continued by the so-called trio: (Jan) Drion, Eggens and De Jong. Minutes of the scientific discussions in the 9th meeting on 13 September 1954 show their doubts about the sense of the new provision. Yet they concluded: 'The wording of the Draft-Meijers will be maintained. The question arises, whether the possessory actions make sense, apart from the possibility to commence summary proceedings, yet one leaves Meijers' possessory-system intact.' Thus, the government bill remained eventually the same as Meijers' Draft. In the end, only changes of minor importance were introduced: the regulation for the protection of the possessor has found its way into article 3:125 of the new Civil Code almost unchanged.

1.2 *The content of the concept of possession*

Following Meijers' Draft, the Dutch Civil Code subordinates possession to the overarching concept of 'keepership'. A possessor is always a keeper, even a mediate possessor. At the other hand: not every keeper is a possessor, because keepership also comprises detention. The content of the concept is dual. This is caused by the fact that the content of the description of possession does not correspond with the legal right that is the object of protection of the provision of art. 3:125 BW. This provision was added to a title that was already conceived and that considered possession to be a factual situation.

The description of possession expresses that possession primarily consists of factual control: possession is, after all, the fact of detaining property for oneself (art. 3:107 BW). However, the legislator can intrude on this leading principle by awarding possession by operation of law, e.g. in the case of succession by general title (art. 3:112 BW).

It is also possible to deduce the content of possession with the help of the regulation for its protection. This regulation however, protects a right on the asset, rather than a situation of factual control. Its objective is to protect the possessor during the limitation period and therefore every possessor can invoke

this protection (every possessor can acquire the asset by means of prescription). The provision provides the possessor with a limited property right. This right grants competences that correspond with those that can be exercised by the person entitled, but they are inferior to the latter.

2. The design of the regulation for the protection of possession

The regulation for the protection of possession is intended to provide the possessor with a relative right in property during his acquisitive prescription. Its design is tailored to this objective.

Meijers decided to create a whole new regulation, rather than build on the existing regulation of the OBW. This decision makes sense when one considers that the old regulation can be classified as extraordinarily confusing, because, inter alia, it united the 'property' function of the protection of possession with the 'police' function. Meijers refused to create separate regulation for the 'police' protection for possession: he believed the more general regulation should deal with this protection. Moreover, he no longer wished to distinguish between the protection of possession of movables and immovable. Finally, he wished to unite in one provision both the protection against loss of possession and the protection against interference with possession.

However, the design of the regulation is not easy to understand: there is a risk of confusion, because in it we encounter elements from three different sources of law, and each source uses its own concept of possession (Roman law, canon law and indigenous law of Germanic origin). In the Explanatory notes Meijers refers to the *actio Publiciana* from Roman law: this action allowed a claimant to use the fiction that he already had become owner by means of acquisitive prescription. However, in order to make use of this action the claimant also needed to meet additional requirements; mere possession did not suffice. The BW follows the Draft and makes the action available to each possessor, without imposing additional requirements.

Meijers' starting point for the regulation was therefore not the *actio Publiciana* but the *Azione di manutenzione* from the Italian Civil Code (art. 1170 *Codice civile*). This provision can be translated as follows:

Azione di manutenzione

A person molested in either the possession of an immovable, a property right on an immovable or a *universitas* of movables (*universalità di mobile*), can, within the year of the disturbance, demand to be maintained in the same possession.

The action is granted when the possession has lasted longer than a year, when it has been continuous and uninterrupted, and when it has not been acquired by force or secretly. In case the possession has been acquired clandestine or by force, the

action can be used nonetheless, after a year has passed since the day the violence or secrecy has ceased to exist.

Also he who has not experienced violent or clandestine interference, can demand to be maintained in the possession, under the conditions indicated in the previous paragraph.

This action is related to the action that is known in our part of the world as the *mandament van maintenue* and originates from indigenous customary law of Germanic origin. This law did not distinguish between possession and ownership, but regards possession (*Gewere* or *saisine*) as a right. However, this right does not have an absolute nature, like *dominium*, it is relative: a possessory right can either be superior or inferior to another possessory right. The right's place in the hierarchy is determined by whether the possessor has detained the asset for a specified period of time, often 'a year and a day', without his possession being challenged in a court of law (*Besitz von Jahr und Tag*; *possession annale*). The time period is linked to a legal institution which in Germanic law is called *Verschweigung* and which Hübner translates in his *History of Germanic Private Law* as 'tacit-preclusion' or 'acquiescent-prescription', stating that: 'whoever desired to impugn any state of things as unlawful was required to do so during a definite period after he had received actual notice; otherwise he closed his mouth by his own prior silence and could no longer avail himself of his right.'

Meijers associated the phrase 'by force or secretly' (*violentermente o clandestinamente*) with the protection by means of interdicts in Roman law, in particular with the so-called exception of defective possession, *exceptio vitiosae possessionis*. Possession that was acquired by force, secretly or by entreaty, was regarded as 'defective': *vi, clam aut precario*. But the Germanic origin of the Italian provision already provides an indication that this connection does not exist: this is also why the phrase does not mention the Roman legal construct of *precario*. Actually, the term 'by force or secretly' refers to the involuntary loss of possession: in Germanic customary law one could only lose one's possession of an asset by means of voluntary transfer or by a court ruling. This may also explain why the final paragraph of the Italian provision states that also a loss of possession without force or secrecy opens the possibility to use this action: losing an asset differs from its transfer, as the loss is per definition involuntary.

Canon law provided the answer to a problem that did not exist in the old law: the relationship between the new relative possessory right and the full right of the entitled. It goes without saying that the Code should provide a solution for cases in which both rights would collide. Such a collision was impossible in the old law, as it strictly separated the legal procedures for possession and ownership (compare art. 130-132 Code of Civil Procedure (old)). Now, it is the most obvious approach to assume that the relative right should yield to the full

right. Initially, this was also Meijers' line of approach. He wished to provide the owner with a defence against the possessory action, namely the defence of true ownership, *exceptio iusti dominii*, from Roman law. However, the trouble with such an approach would be that it would enable the entitled person to take justice into his own hands with impunity. Furthermore, as was pointed out in the Subcommittee by Visser van IJzendoorn, it might lead to different outcomes between the possessory action on the one hand, and the remedy against unlawful acts and the summary proceedings on the other hand: the possessory action against the owner would have to be rejected, whereas the possessor would win the tort action and the summary proceedings.

Thereupon Meijers put into perspective the defence of true ownership by setting it against the rule of canon law that compels the infringer to restore the status quo before he can assert his right in court: *spoliatus ante omnia restituendus*. Thus canon law provided the foundation for the legal hierarchy between the two functions for protecting possession: should the 'property' function conflict with the 'police' function, the police function decides the matter.

Meijers' Draft works out the possessory action in the provision's first two paragraphs: the first paragraph describes the competences the relative property right awards, as well as its lapse date (which originates from the 'Verschweigung' or tacit-preclusion). The second paragraph contains the rule for the situation in which the 'property' function of the protection of possession conflicts with the 'police' function: vigilante justice is never allowed.

The provision's third and final paragraph contains a reference to the remedies that can be invoked not only by possessors, but also by the other 'keepers' (read: detentors). Any keeper can, even after the lapse date of the second paragraph expires, fall back on the protection of the 'police' function. This paragraph has been criticised, by Gerbrandy and others, who considered it literally 'misplaced', as it referred to remedies outside Book 3. Why did Meijers add this reference? It stands to reason to look for the explanation in Meijers' point of departure, which does not place the possessor at the core, but the all-encompassing term 'keeper'. Particularly relevant would then be the findings of his research on the relationship between actions based on property and actions based on the unlawful act, which he published in an article in 1912. In it, Meijers argued that judges invariably misapplied the law: when they rejected a possessory action, they ought to check whether the presented facts perhaps gave cause to allow compensation based on the unlawful act.

However, this was almost never done. According to Meijers, only a decision by a court in Alkmaar showed the correct view of the law. In its decision of 9 May 1895, the District Court of Alkmaar considered, loosely translated, that: '(...) even though the demand for compensation the claimant

bases on the said interference with his possession, which judgement, on the account of the reasons given above, cannot follow, the said act nonetheless implies that an act is committed, to which the defendant admits that he had in no respect a right or competence, which violated plaintiff's enjoyment of his ownership and which act is therefore an unlawful one, on which basis, with correction by the Court of the juridical foundation of the claim, the plaintiff ought to be awarded his claim for damages.' It is this view of the law that Meijers wished to get generally adopted and that may explain why he explicitly referred to other remedies in the third paragraph.

Our legislator did not introduce significant changes in the system for the protection of property, as worked out by Meijers in his draft (art. 3:5.17). This system has found its way, in all of its parts, into our Civil Code as art. 3:125 BW.

3. Evaluation of the regulation on the protection of possession

In this concluding paragraph I will briefly evaluate the desirability and the design of the regulation for the protection of possession. I will use, as a basis for this evaluation, the main considerations that shaped the regulation. For a more detailed discussion, I refer to the main text.

The concept of 'keepership' forms the foundation for the regulation on the protection of possession. In the end, this turned out to be a vague concept, because Meijers abandoned the traditional dividing line between the detentor (*nudus detentor*) and the possessor due to problems with mediate keepership. As it stands now, 'keepership' has a triple content: it can either indicate the situation in which a possessor or a detentor exercises actual control over the asset, but also a situation in which a legal provision awards someone possession, without this person actually detaining the asset. Finally, a keeper counts any person, either possessor or detentor, for whom another exercises the actual control of the asset on the basis of a juridical relationship. It would be possible, however, to introduce a clear dividing line between possession and keepership and thus remove the ambiguity. The original starting point, that it is preferred to conceptually separate mere detention from possession, could have been maintained with a different drafting (refer to the example provided in § 1.1).

As long as the separation between possession and keepership, as proposed above, has not been effectuated, the change in title 3.5 from *Bezit* (Possession) to *Bezit en houderschap* (Possession and Keepership), introduced by the Minister and accepted by the legislator, is formally incorrect. After all, possession is a form of keepership in our current Code.

The present definition of the possessor is, like the one used by the OBW, based on the acquisition of possession in Roman law: it requires the intention to possess and the exercise of actual control. However, there are two possible exceptions to this rule, *leges speciales*. In the first place, in cases of succession by general title possession is awarded by operation of law (art. 3:112 BW). The new Code thus maintains the acquisition based on *saisine* of the old law (art. 597 OBW). I consider the choice for maintaining the established rule completely defensible on the basis of legal certainty. The other exception is of particular importance in the purchase of real estate: it awards possession to the buyer to whom the seller has already delivered the asset factually, but where ownership has not yet been transferred (art. 7:9 paragraph 2 BW). This enables the buyer to invoke both the rules on the protection of possession and on acquisitive prescription. I approve of this exception, as well, because the alternative – the assumption of detention in these cases – has a highly artificial character, especially in cases where the buyer has already started to rebuild the property in question. If I am right in my understanding, the legislator has also accepted this *lex specialis* and therefore disassociated himself from Eggers' doctrine ('it is impossible to transfer possession separately from the right of ownership').

The provision for protecting possession turns possession into a right. This conflicts with the description of possession that qualifies it as something factual. The problem is caused by the identification of possession (*possessio civilis*) with possession for the purpose of acquiring ownership through prescription (*possessio ad usucapionem*). This identification does not fit in the system of Roman law from which the description of possession was derived. Roman law considered possession for the purpose of acquiring ownership as of an entirely different order than mere possession: it had to meet a number of additional requirements, such as good faith, *bona fides*. Therefore, Meijers could not use the *actio Publiciana* when drafting his regulation for the protection of the right of possession, but had to resort to another source of law: indigenous law of Germanic origin. I actually wonder whether if the regulation would not have been much more clearer if Meijers had left intact the division that existed between the two concepts of possession in old law. He merely had to insert the requirement of good faith in order to accomplish such division. Good faith was also required in his own interpretation of article 2014 OBW, and it was the reinterpretation of this provision that, according to Meijers, actually caused the need for a specific provision for the protection of possession. Yet, the question whether every possessor should be allowed access to acquisitive prescription is ultimately a matter for the legislator to decide, and our legislator decided this matter of legal policy affirmatively.

The regulation leaves the 'police' function for the protection of possession against unlawful violations to the more general remedy of tort, and the summary

proceedings. This choice for remedies that have proven their worth in practice speaks for itself. As a violation of detention is actually just as undesirable as a violation of possession, it stands to reason to combine their remedies. Separate ‘police’ protection of possession is then superfluous.

I consider it a positive step that a new regulation was drafted for the ‘property’ function for the protection of possession, instead of making use of the existing provisions. My research of the regulation in the OBW (refer to the third chapter) showed that it contained deficiencies on a number of points and that it was confusing, as well. The same opinion is also encountered in other literature on this topic.

Some authors consider the the protection based on the ‘property’ function of possession superfluous: ‘police’ protection would suffice. I do not share this opinion. Police protection is all about the protection of the *status quo*, of the factual state of things. Perhaps in many cases it may also protect against a violation of a right, but that does not always have to be the case. The case *Damhof-De Staat* provides an example of a situation in which the claim based on the unlawful act was not adjudged, whereas an action based on a possessory right might have provided relief. It is the correction of potential inequities in the causal system of transfer of ownership that justifies the protection of possession as a right, rather than the handling of unlawful acts. I am more than ready to admit that the quantitative need for this extra protection might probably not very great. However, I consider it fair to provide this protection to the group of possessors that, at least according to Meijers’ interpretation, used to be able to count on the protection of art. 2014 OBW.

Some authors argue, on the other hand, that the ‘property’ function of the protection of possession needs to be expanded to include detentors. I do not share this opinion. Van Oven correctly pointed out that this might lead to the existence of a chain of many ‘keepers’ and that granting access to this remedy to every single keeper might confuse matters. The detentor and the possessor differ in the sense that the latter can become owner by means of acquisitive prescription, not the detentor. Therefore, a possessor has a greater interest in the asset, and it is exactly in that interest one could see the justification of the additional competences attributed to him. It is through their legal relationship with the possessor that affected detentors can redress their damages on the one who, for example by theft, has violated their right. They themselves can use the ‘police’ remedies against violations of the status quo. Van Oven has pointed out that the outcome of these remedies does not differ from the possessory action: entitled persons are also restricted in their possibilities to find redress by provisions that protect third parties. Finally, the Civil Code offers a robbed detentor the possibility to reclaim the asset in the case of bankruptcy of either the thief or a subsequent possessor in bad faith.

The regulation provides one single possessory action for both the protection of movables and immovables. This can certainly be qualified as an improvement, compared to the OBW. In the third chapter, I have explained that the transfer by the Editorial Committee of the protection of movables from one possessory action to another (i.e. from the *réintégrande* to the *maintenue*) caused great confusion in the old law. In doing so, the Editorial Committee also disregarded the point of departure which originated in French law and held that one was to use a particular action in case of interference (*trouble*) and the other one in case of loss (*perte*). Meijers simplified the regulation by combining both actions into one. I consider this simplification an improvement, too.

The regulation contains a solution for the situation in which the relative possessory right asset conflicts with the full right of the person entitled. In principle the full right prevails, but not always: the person entitled is not permitted to take justice into his own hands. In the case he violates this rule, the possessory action is awarded based on the canon law principle that the *status quo* needs to be restored before one can legally exercise his rights. Anyone who places value on the law's regulatory function and rejects vigilante justice will appreciate this exception.

The third paragraph of art. 3:125 BW contains a reference to the remedy against the unlawful act of art. 6:162 BW (the reference to summary proceedings was deleted as it was considered superfluous). This protection does not only serve the possessor, but any keeper, so the detentor, as well. Gerbrandy addressed the question whether a Civil Code should contain references, yet the inclusion of the third paragraph is understandable. It emanates from the drafter's wish to mention both the 'police' function and the 'property' function of protecting possession in the same provision. Furthermore, this might lead to a better application of the law. Research conducted by Meijers himself showed that judges invariably misapplied the law: when they rejected a possessory action, they were supposed to verify whether the facts presented perhaps gave rise to an adjudgement based on the remedy of the unlawful act (*ius curia novit*). However, Meijers found out that they usually did not do this.

Zusammenfassung

Diese Doktorarbeit befasst sich mit der Reglementierung des Schutzes des Besitzes, wie sie vom niederländischen Gesetzgeber in § 3:125 des Bürgerlichen Gesetzbuches verabschiedet und gesetzlich festgelegt wurde, im Folgenden abgekürzt durch BW (Burgerlijk Wetboek).

Rechtsansprüche des Besitzers und Inhabers eines Vermögensgegenstandes gegen Dritte

- 1. Eine Person, die den Besitz an einem Gegenstand erworben hat, ist im Falle des ungewollten Verlustes oder der Störung des Besitzes berechtigt, dieselben Rechtsansprüche gegen dritte Personen geltend zu machen, um die Wiedereinräumung des Besitzes oder die Beseitigung der Störung zu erreichen, wie sie dem Eigentümer dieses Gegenstandes zustehen. Diese Rechtsansprüche müssen jedoch binnen eines Jahres nach dem Verlust oder der Störung geltend gemacht werden.
- 2. Ein Rechtsanspruch im Sinne des vorstehenden Absatzes ist zurückzuweisen, wenn der Anspruchsgegner ein besseres Recht hat als der Anspruchsteller, den Gegenstand zu behalten oder zu benutzen, es sei denn der Anspruchsgegner hat den Gegenstand durch Gewalt oder Entwendung erhalten.
- 3. Der Besitzer und Inhaber ist stets berechtigt, einen Rechtsanspruch gegen dritte Personen wegen unerlaubter Handlung geltend zu machen, auch wenn die Jahresfrist nach Absatz 1 verstrichen ist, vorausgesetzt, dass die rechtlichen Erfordernisse für die Geltendmachung eines solchen Anspruchs erfüllt sind.

Diese Regelung wurde in Meijers' Entwurf des dritten Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches beinahe unverändert übernommen. Sie wirft Fragen auf sowohl bezüglich des Inhaltes des Konzepts des Besitzes, als auch die Weise auf die der Besitz nach niederländischem Recht gesetzlich abgesichert ist. Was ist Besitz? Und ist der gesetzliche Schutz angemessen, sind Veränderungen empfehlenswert oder muss die Regelung über Bord geworfen werden wie überflüssiges Gepäck?

Während des Zeitraums in dem der Entwurf veröffentlicht und dem Parlament vorgelegt wurde, wurden verschiedene Sichtweisen bezüglich der Antworten auf diese Fragen zum Ausdruck gebracht. Auch später kam es zu keinem Konsens. Der Inhalt des Konzepts des Besitzes ist noch umstritten, dasselbe gilt für die Sicherung von Besitz oder, im weiteren Sinne: Die Sicherung von der Verwahrung eines Gutes. Diese Studie verfolgt das Ziel, die folgenden zwei Forschungsfragen zu beantworten:

1. Wie hat sich das rechtliche Konzept des „Besitzes“ des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches entwickelt und was ist dessen Inhalt?

2. Wie wurde die Regelung des Schutzes dieses Konzeptes entworfen?

Es ist allgemein bekannt, dass Meijers bei dem Entwurf seiner Klauseln nicht experimentieren wollte, stattdessen aber versuchte er die „Instillation der wohlüberlegten Weisheit vieler Jahrzehnte“ als Grundlage zu verwenden. Insbesondere die Doktrin der Wahrung des Besitzes hat einen historischen Hintergrund, der unverwechselbare Spuren in der aktuellen Regelung hinterlassen hat.

Die Geschichte wird innerhalb der ersten drei Kapitel hervorgehoben. Die ersten beiden Kapitel bezeichnen die Weise, auf die drei Rechtssysteme verschiedene Formen des Schutzes bieten: Römisches Recht, kanonisches Recht und indigenes Recht germanischen Ursprunges. Das dritte Kapitel erklärt, zu welchem Ausmaß Elemente aus diesen Systemen ihren Weg in das Recht der Kodifikationen gefunden haben, die dem jetzigen Bürgerlichen Gesetzbuch vorausgingen: Das *Wetboek Napoléon ingerigt vor het Koninkrijk Holland* oder der Code Napoléon, eingeführt für das holländische Königreich (1809-1811), der *Code civil* (1811-1838) und der OBW, oder auch Altes Bürgerliches Gesetzbuch (1838-1992). Mit der Hilfe dieses historischen Gerüsts, werden die von dem Verfasser des Entwurfs und dem Gesetzgeber getroffenen Entscheidungen identifiziert und erklärt. Das oberste Ziel ist die Beurteilung des Entwurfs und der Erwünschtheit der aktuellen Regelung für die Wahrung des Besitzes.

1 Entwicklung und Inhalt des Konzepts des „Besitzes“

1.1 Die Entwicklung des Konzepts des „Besitzes“

Halterschaft und Besitz

Von Beginn an war eindeutig, dass die Regelung des Besitzes aus dem alten Bürgerlichen Gesetzbuch gründlich überarbeitet werden würde. Bereits 1880 bestand der Justizminister Modderman in einem Brief an den König und Meijers selbst auf die Überarbeitung und betonte hierbei die Notwendigkeit legislativer Intervention in seinem Artikel *Het feillooze deel van ons Burgerlijk Wetboek*, der einwandfreie Teil unseres Bürgerlichen Gesetzbuches (1928).

Meijers strebte nicht nach einer Verbindung mit ausländischen Gesetzbüchern, die zwischen drei verschiedenen Arten von Besitz unterschieden, wie perfekter Besitz (*possessio ad usucapionem*: Besitz mit dem Zweck Eigentum durch Verjährung zu erlangen), unvollständiger Besitz (*possessio ad interdicta*: Rechtlich geschützter Besitz), sowie natürlicher Besitz (*possessio naturalis*: Lediglich der physische Besitz namens eines anderen). Er stellte in Frage, ob eine derartige Differenzierung überhaupt nützlich sei. Sie war überflüssig in

Bezug auf die Wahrung des Eigentümer-Besitzes, weil er der Überzeugung war, dass ein solcher Schutz bereits durch das allgemeine Rechtsmittel gegen gesetzwidriges Handeln und der Möglichkeit Eilverfahren für einstweilige Rechtsschutzverfahren einzuleiten ausreichend geboten wurde: Ein bestimmtes Rechtsmittel wurde aufgrund dessen als nicht notwendig erachtet. Es war lediglich nötig, zwischen physischem Haben, das zu Ersitzung führen kann (Besitz) und physischem Haben, welches nicht zu letzterem führen kann (Verwahrung), zu unterscheiden. Meijers verwendet den allumfassenden Begriff „Besitz“ für beide Varianten. Ein Besitzer wird deshalb auch als Halter aufgefasst, wie es aus erklärenden Notizen hervorgeht: „Aus dem ersten Absatz der allgemeinen Beschreibung des Besitzes lässt sich schlussfolgern, dass jeder Besitzer eines Vermögensgegenstandes als Halter bezeichnet werden muss, sowohl die Person die unmittelbaren Besitz über den jeweiligen Gegenstand verfügt, als auch jene, die mittelbar in Besitz ist.

Innerhalb des frühesten Konzepts der Bezeichnung „Besitz“, ist folgende Definition aufzufinden:

Art. 1.

Halter eines Gutes ist die Person, die tatsächliche Gewalt über den jeweiligen Gegenstand verfügt.

Besitzer eines Gutes ist jene Person, die das Gut selbst verwahrt (unmittelbarer Besitzer) oder jene, für die das Gut vermittels eines anderen verwahrt wird.

Diese Klausel zeigt, was Meijers mit dem Begriff „Halten“ meint: Sein System basiert auf der Voraussetzung, dass derjenige, der unmittelbare Kontrolle über das Gut hat, entweder Halter oder qualifizierter Halter ist: Besitzer.

Meijers definiert den unmittelbaren Besitzer mittels zwei Bedingungen des römischen Eigentumsrechts für den Erwerb des Besitzes: Unmittelbare Gewalt, *corpus*, und die Absicht, zu besitzen, *animus*. Andererseits ist der Titel des Halters allein auf der Basis der unmittelbaren Gewalt gewährt. Aus rechtlich-dogmatischer Perspektive ist diese Annahme aus zwei Gründen fehlerhaft. Erstens bietet Meijers' System nicht die Möglichkeit der mittelbaren Haltung: Die Situation, in welcher ein Halter für einen anderen Halter hält. Jan Drion brachte diese Situation innerhalb einer Konversation mit Meijers auf: Der zweite Absatz würde einen Mieter, der das Objekt in seiner Verwahrung vermietet, zu einem mittelbaren Besitzer machen. Zweitens wendet Meijers in Bezug auf Haltung einen fehlerhaften Standard an: Bei der Haltung geht es nicht um die Ausübung unmittelbarer Gewalt, sondern um die rechtliche Beziehung zwischen Halter und Besitzer.

In seinem Entwurf erhält Meijers die Definition des Besitzers, aber das Problem bezüglich der mittelbaren Haltung ließ er außer Betracht. In seinen erklärenden Notizen rechtfertigt er die Auslassung einer Definition des Halters

mit dem Kommentar, dass eine solche nur von zweifelhaftem Wert wäre, weil der Begriff der „Haltung“ sowohl faktisch als auch rechtlich vorbestimmt ist. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Haltung (inklusive Besitz) in erster Linie die Ausübung unmittelbarer Gewalt ist, dass gesetzliche Bestimmungen diese Entwicklung allerdings verändern könnten. Dies trifft zum Beispiel im Falle des Erbrechts, das den Besitz dem Recht entsprechend zuweist (Nach dem Prinzip *saisine*: le mort saisit le vif; der Tote beerbt den Lebenden). Das Problem mittelbarer Haltung wurde vom Minister bemerkt und gelöst, der der Definition einen Absatz beifügte, der Haltung auf dieselbe Weise als unmittelbar oder mittelbar erklärte.

Die Definition des Halters nicht einzubeziehen führte zu einer Konsequenz, die Meijers später bereute: Diese Auslassung setzte der traditionellen Antithese zwischen Halter v. Besitzer ein Ende. 1948 drückte Meijers sich noch immer in Vorbehalten aus, weil „man bedeutend von der traditionellen Terminologie abweichen würde: Letztlich würde sie jeden Besitzer in einen Halter verwandeln und damit einen Halter zu viel mehr machen als den *nudus detentor*.“ Dennoch akzeptierte er letztere Konsequenz. Während einer Konferenz des Subkommittees für Zivilrecht der königlichen Kommission für die Gesetzgebung des Privatrechts (Im Folgenden als Subkommittee bezeichnet), die im Jahr 1949 stattfand, drückte Bregstein sein Bedenken aus: Er bemerkte, dass „dieser Entwurf den Begriff der „Haltung“ in einem viel weiteren Sinn verwendet, als es das im existierenden Recht der Fall ist. Der Vorsitzende [Meijers, *HHR*] billigte diesen Kommentar.“

Es wäre eine Untertreibung zu behaupten, dass dem „Halten“ eine umfassendere Bedeutung gegeben wurde: Im Rahmen der neuen Terminologie ist das „Halten“ ein vages Konzept. Es kann im Grunde nicht nur die Situation beschreiben in welcher Eigentümer und Halter tatsächlich Gewalt über ein Gut ausüben, aber auch eine Situation, in welcher gesetzliche Bestimmungen einer Person einen gewissen Besitz zuordnen, ohne das Gut zu halten. Zu guter Letzt verwendet das Zivilgesetz diesen Begriff für alle Personen, ob Besitzer oder Halter, für den ein anderer gemäß einer rechtlichen Beziehung tatsächlich Gewalt über ein Gut hat: Die mittelbaren Halter. Dementsprechend ist sogar ein mittelbarer Besitzer ein „Halter“...

Dieses Ergebnis war nicht notwendig: Es wäre möglich gewesen die traditionelle Terminologie beizubehalten. Zum Beispiel hätten die folgenden Definitionen verwendet werden können:

Halterschaft (oder: Verwahrung)

Ein unmittelbarer Halter ist jene Person, die, im Rahmen seiner rechtlichen Beziehung zu dem Besitzer, tatsächliche Gewalt über das Gut des Letzteren verfügt. Ein Halter kann ein Gut genauso mittelbar durch einen anderen Halter halten: Dieser Umstand beeinträchtigt den Besitz nicht.

Besitz

Ein unmittelbarer Besitzer ist die Person, die alleinig über die tatsächliche Gewalt über das Gut verfügt oder die Person, die kraft Gesetzes als Besitzer aufgefasst wird.

Besitz auf Basis von gesetzlichen Bestimmungen

Mit Bezug auf das Thema Besitz verwendet Meijers das Mittel der gesetzlichen Bestimmungen. Von diesem Mittel hat er zwei Male Gebrauch gemacht, um das Ergebnis einer bestimmten Situation zu kontrollieren und um jemandem den rechtlichen Status des Besitzers zu gewähren. Zuerst wurde eine Klausel erschaffen, um das allgemeine Erbrecht zu bewahren (§ 3:112 BW). Zweitens wurde eine gesetzliche Bestimmung bezüglich der Regelung des Verkaufes amtlich zugelassenen Eigentums verwendet, in dem der Käufer während der Periode die unmittelbar auf den gegebenen Akt der Lieferung folgt (zum Beispiel das Weitergeben von Schlüsseln), aber vor dem rechtlichen Akt der Lieferung (das Ausfüllen der öffentlichen Aufzeichnungen der notariellen Urkunde) kann für den Käufer als Halter bezeichnet werden, wohingegen Meijers ihn als Besitzer qualifizieren wollte (vergleiche § 7:9 Abs. 2 BW). Meijers' Dahinscheiden hielt ihn davon ab, seine Arbeit an dem Titel *Verkauf und Tausch* in seinem Entwurf des siebten Buches zu vollenden und davon, zusätzliche erklärende Notizen zu bieten. Trotzdem habe ich argumentiert, dass es wahrscheinlich ist, dass der holländische Gesetzgeber diese Anordnung akzeptiert. Kodifizierung bedeutet, dass der Gesetzgeber sich selbst von der von Eggens vorgeschlagenen Doktrin distanziert, welche impliziert, dass die Übertragung von Besitz und der Akt der Lieferung (Lat. *traditio*) untrennbar sind.

Besitz: Tatsache und Recht

In der Literatur wird noch immer die Frage gestellt, ob Besitz eine Tatsache oder ein Recht ist. Mit Bezug auf die Definition des Besitzes des Entwurfes und des Zivilrechts ist die Antwort auf diese Frage, dass niederländisches Recht Besitz (und im weiteren Sinne Haltung) als faktische Situation bezeichnet, es sei denn, es liegt eine gesetzliche Bestimmung vor, die diesem Prinzip explizit widerspricht. Jedoch ist diese Antwort unvollständig. Es ist nicht nur möglich den Inhalt des Begriffes „Besitz“ mittels seiner Definition zu bestimmen, sondern auch mittels der Regeln, die letzteren schützen. Idealerweise kommen beide Methoden zu demselben Ergebnis, doch dies ist innerhalb unseren Zivilrechts nicht der Fall: Es schützt den Besitz als relatives Recht in Bezug auf Eigentum. Aus diesem Grund beinhaltet unser Zivilrecht ein mehrdeutiges Konzept des Besitzes: Es ist sowohl eine Tatsache als auch ein Recht.

Nachdem er den Entwurf des Titels des Konzepts „Besitz“ abgeschlossen hatte, überdachte Meijers seine Auffassung, dass der Schutz des Eigentums

keines speziellen Rechtsmittels bedurfte, weil angemessener Schutz durch sogenannte gesetzliche Polizei-Bestimmungen (z.B. das allgemeine Rechtsmittel gegen rechtswidrige Handlung und die Möglichkeit, Eilverfahren für vorläufigen Entlass einzuleiten). Er entschied sich dazu, insbesondere für Besitz eine schützende Regelung hinzuzufügen und der Gesetzgeber kodifizierte diese Regelung. Meijers' Sinneswandel wurde durch seine Entscheidung, das kausale System der Übertragung des Besitzes in seinen Entwurf einzubringen, hervorgerufen. Aufgrund der Veränderungen in seinen Konzepten, ich datiere diese Entscheidung in den Zeitraum zwischen dem 24. April und dem 24. Juni 1948, also noch lange bevor der niederländische Bundesgerichtshof den Grundsatzrechtsstreit zwischen Damhof und dem niederländischen Staat am 5. Mai 1959 entschied. Meijers' Entscheidung für das kausale System stieß nirgendwo auf Widerspruch auf Seiten der Mitglieder des Subkommittees: Das Sitzungsprotokoll der 90. Sitzung am 3. Dezember 1949 berichtet, dass „Niemand der Anwesenden gegen das kausale System Einspruch erhebt“ (§ 4 Abs. 1 des Entwurfs).

Von einer zunehmenden Anzahl von Juristen wurde das kausale System der Übertragung des Eigentums so interpretiert, dass es die Basis der Rechtsbestimmung war, die spezifizierte, dass Besitz einem perfekten Titel entspräche (§ 2014 OBW, der anscheinend Bourjon kodifiziert für bewegliche Sachen lehrte *„la simple possession produit tout l'effet d'un titre parfait“*). Dieser „neuen Konzeption“ a.k.a. „Scholten's Konzeption“ zufolge, würde die gesetzliche Bestimmung im Grunde genommen, vorausgesetzt, dass eine Zahl von Kriterien erfüllt ist, wie ein gültiger Titel, eine gescheiterte Übertragung des Eigentums durch Besitzübergabe ausbessern. Nebenbei möchte ich an dieser Stelle bemerken, dass ich im dritten Kapitel argumentiert habe, dass diese gesetzliche Bestimmung ursprünglich für die Regulierung für den Schutz des Besitzes vorgesehen war. In der neuen Auslegung jedoch wurde jener mehr Bedeutung zugesprochen und als Mittel für einen gescheiterten Transfer von Eigentum verwendet. Meijers interpretierte die Bestimmung anders: Er war der Überzeugung, dass sie spezifizierte, dass ein *bona fide* Besitzer einer beweglichen Sache als Eigentümer betrachtet werden solle. Er kritisierte die „neue Konzeption“, weil sie zusätzliche Voraussetzungen anforderte, die das Ausmaß der gesetzlichen Bestimmung limitierten: Beispielsweise konnte die Bestimmung im Falle von Spenden oder im Falle, dass der Rezipient die bewegliche Sache auf Basis eines nicht gültigen Titels erworben hat, oder dieser Titel danach für nichtig erklärt wurde, nicht mehr in Anspruch genommen werden. Vertreter der „neuen Konzeption“ gaben zu, dass hierbei nur minderwertiger Schutz gegeben war. Schon 1908 schlug Van Oven vor, diese Lücke durch eine Gesetzesänderung zu schließen: „Wenn § 2014 nur durch eine Ersitzung für bewegliche Sachen ergänzt werden würde, in Kombination mit

dem Schutz des Besitzes, dann hätte man die vollkommenste Regelung des Rechts beweglicher Sachen, die man sich vorstellen kann.’ Auf diese Weise wäre ein Besitzer, der als Eigentümer gemäß § 2014 nicht geschützt wird, noch immer in der Lage, während des Limitationszeitraumes Schutz als Besitzer zu beanspruchen. Nachträglich, wenn er den Vermögensgegenstand mittels Ersitzung erwerben und Eigentümer werden würde, wäre der besitzrechtliche Schutz nicht mehr notwendig. Es gibt genügend Hinweise dafür, dass Meijers sich Van Ovens Ratschlag zu Herzen nahm, als er die Regelungen für Ersitzung und für den Schutz des Besitzes entwarf.

In den erklärenden Notizen bezüglich der gesetzlichen Bestimmung für den Schutz des Besitzes und hierbei innerhalb der Beschreibung der zwei Grundsteine des Schutzes, bezieht Meijers sich ausdrücklich auf Van Ovens Doktorarbeit, *De bezitsbescherming en hare functies*, Den Schutz des Besitzes und dessen Funktionen (1905). Innerhalb letzterer Doktorarbeit unterscheidet Van Oven zwischen der von ihm als „Polizei“-Funktion und der, wie ich es übersetzen werde, „Eigentums“-Funktion des Schutzes. Nach Meijers ist die „Polizei“-Funktion darauf ausgerichtet, den Besitzer gegen rücksichtslose Handlungen dessen zu schützen, der den Besitzer stört, gegen Handlungen die rechtswidrig sind, auch wenn die Störung von jemand verursacht wurde, der eigentlich ein Recht auf den Vermögensgegenstand hat, aber die Gerechtigkeit in die eigene Hand nimmt. Meijers zu Folge benötigt diese Funktion keine spezifische Regelung, weil das existierende, allgemeine Rechtsmittel genügt: Das Rechtsmittel gegen rechtswidrige Handlungen, und die Möglichkeit nach einem Verstoß gegen den status quo ein Eilverfahren für vorläufigen Entlass einzuleiten. Meijers entwarf trotzdem eine spezifische Regelung für die „Eigentums“-Funktion. In dieser Funktion wird Besitz mehr als Recht aufgefasst, als nur als tatsächlicher status quo, deshalb benötigt diese eine andere Art von Schutz. Dieser Schutz wird nicht allen Haltern gewährt, nur der Untergruppe der Besitzer, weil nur diese das Eigentumsrecht über das Gut erwerben können (mittels Ersitzung). In den erklärenden Notizen erklärt Meijers die Zielvorstellung folgendermaßen: „Dementsprechend schützt diese gesetzliche Bestimmung den aktuellen Limitationszeitraum, es weist jenes System zurück, in dem dem Besitzer am Tag, an dem die Limitationsperiode abgeschlossen ist, volles Recht gewährt wird, aber mangelt jeder Kompetenz am vorherigen Tag.“ Demzufolge enthält das neue Gesetz ein System, in dem die gesetzliche Bestimmung den Besitzer, der das Eigentumsrecht erlangen kann, mittels Ersitzung schützt und diesen Besitzer somit mit gewissen Kompetenzen ausstattet. Nebenbei bemerkt benötigt das Gesetz für diese Verjährung nichts als Besitz: Im Gegensatz zu der alten Gesetzgebung sind keine weiteren Anforderungen als der Besitz und eine festgelegte Zeitspanne erforderlich. *Bona fides* spielt keine weitere Rolle: Alleinig der Besitz gewährt das Recht. Oder, wie der Jurist Paulus

es ausdrückte: ‚Der Besitzer hat aufgrund dessen mehr Recht, dass er im Besitz ist, mehr Recht als jener, der nicht besitzt.‘ (D.43,17,2).

In dem staatlichen Subkommittee beantwortete Meijers die Frage, was das Recht dem Besitzer zuerkennt damit, dass es mit dem Recht jener Person zusammenhängt, die zu dem Gut berechtigt ist. Dieser Bestimmung zufolge kann ein Besitzer, im Prinzip, alle legalen Handlungen ausführen, die der berechtigten Person zur Verfügung stehen. Zum Beispiel kann er Demarkation beantragen, Trennung und Teilung und Schadensersatz, er kann das Gut beschlagnahmen.

Nach Meijers' Tod wurde sein Werk von dem sogenannten Trio fortgesetzt: (Jan) Drion, Eigens und De Jong. Protokolle der wissenschaftlichen Diskussionen innerhalb der Neunten Sitzung am 13. September 1954 zeigen Zweifel an der Sinnhaftigkeit der neuen gesetzlichen Bestimmung auf. Dennoch kamen sie zu dem Entschluss: ‚Die Formulierung des Meijers-Entwurfs wird beibehalten. Es stellt sich die Frage, ob die besitzrechtlichen Handlungen, abgesehen von der Möglichkeit, Eilverfahren einzuleiten, Sinn ergeben, dennoch lässt man Meijers besitzrechtliches System intakt.‘ Aus diesem Grund verblieb der staatliche Gesetzesentwurf letztlich derselbe wie Meijers' Entwurf. Am Ende wurden nur Veränderungen geringfügiger Bedeutung eingeführt: Die Regulierung für den Schutz des Besitzers fand ihren Weg schließlich beinahe unverändert in Paragraph 3:125 des Zivilrechts.

1.2 Der Inhalt des Konzepts Besitz

Das niederländische Zivilrecht ordnet, Meijers' Entwurf zufolge, Besitz dem übergreifenden Konzept der „Halterschaft“ unter. Ein Besitzer ist immer ein Halter, auch als mittelbarer Besitzer. Andererseits ist nicht jeder Halter ein Besitzer, weil Halterschaft Besitz beinhaltet. Der Inhalt des Konzepts ist dual. Dieses liegt nicht nur der Tatsache zugrunde, dass der Inhalt der Beschreibung des Besitzes nicht mit dem Recht korrespondiert, das Gegenstand der gesetzlichen Bestimmung des Paragraphen 3:125 BW ist. Diese Bestimmung wurde einem Titel beigelegt, der Besitz bereits als faktische Situation konzipierte und begriff.

Die Beschreibung des Besitzes drückt aus, dass Besitz in erster Linie aus faktischer Kontrolle besteht: Besitz ist im Grunde genommen die Tatsache der Verwahrung eines Gutes für sich selbst (§ 3:107 BW). Trotzdem kann der Gesetzgeber letzteres aufgrund des Leitprinzips des Erwerbes von Besitz kraft Gesetzes beeinträchtigen, z.B. im Fall der Rechtsnachfolge (§ 3:112 BW).

Es ist auch möglich, den Inhalt des Besitzes aus der Regelung für dessen Schutz abzuleiten. Diese Regelung schützt jedoch eher ein Recht bezüglich des Gutes, als eine Situation faktischer Kontrolle. Ihre Zielsetzung ist es, den

Besitzer während der Limitationsperiode zu schützen und aus diesem Grund kann jeder Besitzer diesen Schutz einberufen (Jeder Besitzer kann das Gut mittels Ersitzung erlangen). Diese gesetzliche Bestimmung stattet den Besitzer mit einem limitierten Eigentumsrecht aus. Dieses Recht gewährt Kompetenzen, die mit jenen korrespondieren, die von der berechtigten Person ausgeübt werden können, sind letzterer allerdings untergeordnet.

2 Die Gestaltung der Regulierung für den Schutz des Besitzes

Die Regulierung für den Schutz des Besitzes zielt darauf ab, den Besitzer während der Ersitzung mit einem relativen Recht des Besitzes auszustatten. Der Entwurf ist auf diese Zielsetzung zugeschnitten.

Meijers entschied sich dazu, eine ganz neue Regelung zu schaffen, anstatt auf der bereits existierenden Regelung des OBW aufzubauen. Diese Entscheidung ergibt Sinn, wenn man in Betracht zieht, dass die alte Regelung als außerordentlich verwirrend klassifiziert werden kann, inter alia weil es die „Eigentums“-Funktion des Schutzes des Besitzes mit der „Polizei“-Funktion vereint. Meijers weigerte sich, separate Regulierungen für den „Polizei“-Schutz des Besitzes einzubringen: Er glaubte, dass sich eine allgemeinere Regulierung mit diesem Schutz befassen sollte. Außerdem wollte er nicht länger zwischen dem Schutz des Besitzes von beweglichen und unbeweglichen Dingen unterscheiden. Letztendlich wünschte er sich sowohl den Schutz gegen den Verlust des Besitzes, als auch den Schutz gegen eine Beeinträchtigung des Besitzes in einer gesetzlichen Bestimmung zu vereinen.

Trotzdem ist der Entwurf der Regelung nicht einfach zu verstehen: Es besteht das Risiko der Verwirrung, weil wir in ihr auf Elemente drei verschiedener Quellen des Rechts stoßen und jede Quelle ein eigenes Konzept des Besitzes verwendet (Römisches Recht, Kanonisches Recht und das indigene Recht germanischen Ursprunges). In den erklärenden Notizen bezieht Meijers sich auf die *actio Publiciana* des Römischen Rechts: Diese Handlung erlaubt es einem Kläger, die Fiktion zu verwenden, dass er mittels Ersitzung bereits Eigentümer geworden ist. Jedoch mussten auch zusätzliche Kriterien erfüllt sein, um aus dieser Handlung Nutzen zu ziehen, reiner Besitz reichte nicht aus. Der BW folgt dem Entwurf, jedem Besitzer eine Handlung verfügbar, ohne zusätzliche Anforderungen aufzuerlegen.

Meijers' Startpunkt für die Regulierung war deshalb nicht die *actio Publiciana*, sondern die *Azione di manutenzione* des Italienischen Zivilrechts (§ 1170 *Codice civile*). Diese gesetzliche Bestimmung kann wie folgt übersetzt werden:

Azione di manutenzione

Eine Person, die entweder in Bezug auf den Besitz ihrer unbeweglichen Sache, einem Eigentumsrecht oder einer *universitas* beweglicher Sachen (*universalità di mobile*) belästigt wird, kann, innerhalb des Jahres der Störung, die Wiederherstellung dieses Besitzes fordern.

Die Handlung wird gewährt, wenn der Besitz länger als ein Jahr bestand, wenn er kontinuierlich und ununterbrochen war, und wenn er nicht mittels Gewalt oder heimlich erworben wurde. Im Falle dessen, dass der Besitz heimlich oder mit Gewalt akquiriert wurde, kann die Handlung auch nach einem Jahr nachdem die Gewalt oder Geheimhaltung aufhörte, verwendet werden.

Auch jener, der eine gewaltsame oder heimtückische Beeinflussung nicht erfahren musste, kann unter den in dem obigen Absatz bezeichneten Bedingungen fordern, die Wiederherstellung seines Besitzes fordern.

Diese Handlung hängt mit jener Handlung zusammen, die in unserem Teil der Welt als *mandament van maintenue* bekannt ist und stammt von indigenem Gewohnheitsrecht deutschen Ursprungs ab. Dieses Recht unterscheidet nicht zwischen Besitz und Eigentum, fasst aber Besitz (*Gewere* oder *saisine*) als Recht auf. Allerdings ist dieses Recht nicht absoluter Natur, wie *dominium*, es ist relativ: Ein besitzrechtliches Recht kann einem anderen Besitzrecht entweder über- oder unterlegen sein. Für seinen Platz in der Hierarchie ist entscheidend, ob der Besitzer den Vermögenswert für eine bestimmte Zeitspanne verwahrt hat, oft „ein Jahr und ein Tag“, ohne, dass sein Besitz vor Gericht angefochten wird (*Possession annale*). Diese Zeitspanne steht in Verbundenheit mit einem rechtswissenschaftlichen Institut, in dem germanisches Recht als Verschwendung bezeichnet wird, und welche Hübner als die *Geschichte germanischen Privatrechts* übersetzt, als stillschweigender Ausschluss oder: Wer begehrte, den widerrechtlichen Zustand jeglicher Dinge anzufechten, war dazu gezwungen jenes während eines bestimmten Zeitraumes nachdem er die eigentliche Benachrichtigung erhalten hat, zu tun; andererseits schließe er seinen Mund mit seiner vorherigen Stille und kann von seinem Recht nicht länger Gebrauch machen.

Meijers assoziiert den Ausdruck „durch Gewalt oder heimlich“ (*violente-mente o clandestinamente*) mit dem Schutz mit Hilfe von Verboten im römischen Recht, insbesondere mit der sogenannten Ausnahme des defekten Besitzes, *exceptio vitiosae possessionis*. Als „defekt“ wurde Besitz aufgefasst, der mittels Gewalt erlangt wurde, heimlich oder durch das Drängen einer Person: *Vi, clam out precario*. Doch der germanische Ursprung der italienischen Gesetzesbestimmung liefert bereits einen Hinweis darauf, dass diese Verbindung besteht: Aus diesem Grund erwähnt die Phrase auch nicht das römisch-rechtliche Konstrukt *precarios*. Eigentlich bezieht sich der Terminus „mit Gewalt oder heimlich“ auf den unfreiwilligen Verlust des Besitzes: Innerhalb germanischen Gewohnheitsrechts könnte jemand seinen Besitz eines

Vermögensgegenstandes nur mittels unfreiwilligen Transfers oder durch eine Gerichtsentscheidung verlieren. Dies mag auch erklären, warum der letzte Absatz der italienischen Bestimmung besagt, dass ein Verlust des Besitzes ohne Gewalt oder Heimtücke die Möglichkeit eröffnet, diese Handlung zu ergreifen: Einen Vermögensgegenstand zu verlieren unterscheidet sich von seinem Transfer, weil der Verlust per Definition unfreiwillig ist.

Kanonisches Recht liefert die Antwort auf ein Problem, das im alten Recht nicht existierte: Die Beziehung zwischen dem neuen, relativen Besitzrecht und dem vollen Recht des Befugten. Wohlverstanden ist, dass das Recht eine Lösung für den Fall bieten sollte, dass beide Rechte kollidieren. Solch eine Kollision war in der alten Gesetzgebung unmöglich, da es die rechtlichen Prozeduren bezüglich Besitz und Eigentum strikt auseinanderhielt (Vgl. § 130-132 des Zivilprozessrechts (alt)). Jetzt ist die offensichtlichste Herangehensweise die Annahme, dass das relative Recht dem vollen Recht Vorrang gewähren sollte. Ursprünglich war letzteres auch Meijers' Marschroute. Er wollte den Eigentümer mit einer Defensive gegen besitzrechtliche Handlung ausstatten, nämlich die Verteidigung echten Eigentums, *exceptio iusti dominii*, aus dem römischen Recht. Die Schwierigkeit bei einer solchen Herangehensweise jedoch ist, dass sie die befugte Person dazu berechtigen würde, die Gerechtigkeit ungestraft in die eigene Hand zu nehmen. Außerdem, wie es in dem Subkomitee Visser van IJendoorns herausgearbeitet wurde, könnte es hierbei zu unterschiedlichen Ergebnissen zwischen der besitzrechtlichen Handlung auf der einen Seite und dem Rechtsmittel gegen gesetzeswidrige Eilverfahren auf der anderen Seite kommen: Die besitzrechtliche Handlung gegen den Eigentümer würde zurückgewiesen werden müssen, während der Besitzer die Klage wegen unerlaubter Handlung und das Eilverfahren gewinnen würde.

Daraufhin relativierte Meijers die Verteidigung echten Eigentums, indem er sie der Regel des kanonischen Rechts entgegensetzte, welche den Rechtsverletzer dazu verpflichtet, den status quo wiederherzustellen, bevor er sein Recht im Gericht geltend machen kann: *spoliatus ante omnia restituendus*. Auf diese Weise bietet kanonisches Recht das Fundament für die rechtliche Hierarchie zwischen den zwei Funktionen für den Schutz von Besitz: Sollte die „Besitz“-Funktion mit der „Polizei“-Funktion in Konflikt geraten, entscheidet die Polizei-Funktion die Angelegenheit.

Meijers' Entwurf arbeitet die besitzrechtliche Handlung innerhalb der ersten zwei Absätze der gesetzlichen Bestimmung heraus: Der erste Absatz beschreibt die Kompetenzen, die das relative Eigentumsrecht verleiht und dessen Verfallsdatum, welches seinen Ursprung in der Verschweigung oder dem schweigenden Ausschluss findet. Der zweite Absatz beinhaltet die Regel für die Situation, in welcher die „Besitz“-Funktion des Schutzes des Besitzes mit der „Polizei“-Funktion im Konflikt steht: Selbstjustiz ist niemals erlaubt.

Der dritte und letzte Absatz der Bestimmung beinhaltet einen Bezug auf die Rechtsmittel, die nicht nur von Seiten der Besitzer, sondern auch von den anderen ‚Haltern‘ einberufen werden können. Jeder Halter kann, auch nach Ablauf des Verfallsdatums des zweiten Absatzes, auf den Schutz der „Polizei“-Funktion zurückfallen. Dieser Absatz ist kritisiert worden, unter anderem von Gerbrandy, der ihn buchstäblich als „deplatziert“ auffasste, da er sich auf Rechtsmittel außerhalb des Buches drei bezog. Warum fügte Meijers diese Referenz hinzu? Es ist sinnvoll, in Meijers’ Ausgangsposition nach einer Erklärung zu suchen, die den Besitzer nicht in den Mittelpunkt stellt, dafür aber den allumfassenden Terminus „Halter“ schuf. Besonders relevant wären dann seine Untersuchungsergebnisse zu der Beziehung zwischen auf Eigentum basierten Handlungen und der zwischen widerrechtlichen Handlungen, welche er 1912 in einem Artikel veröffentlichte. In dem Artikel argumentierte Meijers, dass Richter das Recht auf unterschiedliche Weise falsch anwendeten: Wenn sie eine besitzrechtliche Handlung zurückwiesen, dann mussten sie überprüfen, ob die dargelegten Fakten, auf Basis der gesetzwidrigen Handlung, möglicherweise Anlass dazu gaben, Schadensersatz zu gestatten. Jedoch wurde dies beinahe niemals getan: Meijers zufolge spiegelte nur eine Entscheidung des Gerichts von Alkmaar die richtige Auffassung des Gesetzes wider. In seiner Entscheidung des neunten Mai 1985 überlegte das Bezirksgericht Alkmaars, frei übersetzt: „(...) auch wenn der Kläger den Bedarf für Schadensersatz auf der besagten Beeinträchtigung des Besitzes, welche gerichtliche Anerkennung, aufgrund der obig geschilderten Gründe, nicht folgen kann, die besagte Handlung impliziert nichtsdestotrotz, dass eine Handlung begangen wurde, bezüglich welcher der Beklagte gesteht, dass er in keinerlei Hinsicht ein Recht oder die Kompetenz hatte, was gegen den Genuss des Nutzungsrechts des Klägers verstößt und deshalb rechtswidrig ist, auf Grundlage dessen, mit Korrektur des Gerichts des rechtlichen Fundaments der Klage, muss dem Kläger seine Klage für Schadensersatz zugesprochen werden.“ Es ist diese Perspektive des Rechts, die Meijers sich als allgemein verabschiedet erwünscht und die vielleicht erklärt, warum er sich innerhalb des dritten Absatzes explizit auf andere Rechtsmittel bezog.

Unser Gesetzgeber leitete keine grundlegenden Veränderungen innerhalb des Systems für den Schutz des Eigentums ein, wie es in dem Entwurf Meijers’ (§ 3.5.17) herausgearbeitet wurde. Dieses System hat seinen Weg in seiner Ganzheit, in Form des Paragraphen 3:125 BW, in das Zivilrecht gefunden.

3 Evaluierung der Regelung für den Schutz des Besitzes

In diesem zusammenfassenden Absatz werde ich die Erwünschtheit und den Entwurf der Regelung für den Schutz des Besitzes kurz evaluieren. Für diese Auswertungen werde ich jene fundamentalen Bestimmungen, die die gesetzliche Bestimmung geformt haben, als Grundlage verwenden. Für eine detailliertere Diskussion werde ich mich auf den Haupttext beziehen.

Das Konzept der „Halterschaft“ stellt die Grundlage für die Regelung des Schutzes des Besitzes dar. Letztendlich stellte sich dieses als vages Konzept heraus, weil Meijers die traditionelle Linie zwischen Inhaber (*nudus detentor*) und dem Besitzer aufgrund von Problemen mit mittelbarer Halterschaft verworfen hat. In seiner jetzigen Form hat die „Halterschaft“ einen dreifaltigen Inhalt: Es kann entweder eine Situation anzeigen, in welcher ein Besitzer oder Inhaber tatsächliche Gewalt über das Gut ausübt, aber auch eine Situation, in welcher eine rechtliche Bestimmung jemandem Besitz gewährt, ohne dass diese Person wirklich im Besitz dieses Gutes ist. Letztlich, da ein Halter als jegliche Person gilt, Besitzer oder Inhaber, für den ein anderer die tatsächliche Gewalt über das Gut auf Basis einer rechtlichen Beziehung hat. Es wäre jedoch möglich, eine klare Trennlinie zwischen Besitz und Halterschaft zu ziehen und die Mehrdeutigkeit damit zu eliminieren. Der originale Startpunkt, der konzeptuell bloßen Besitz von Besitz trennt, hätte mit einem anderen Entwurf bewahrt werden können (sich auf das Beispiel in § 1.1 beziehend).

Solange die Trennung zwischen Besitz und Halterschaft, wie obig vorgeschlagen nicht effektiv umgesetzt wird, ist die Veränderung in Titel 3.5 von *Bezit* (Besitz) zu *Bezit en houderschap* (Besitz und Halterschaft), formal inkorrekt. Letztlich ist Besitz in unserem jetzigen Zivilrecht eine Form der Halterschaft.

Die aktuelle Definition des Besitzers basiert, wie jene, die von dem OBW verwendet wird, auf der Akquisition des Besitzes im römischen Recht: Es setzt die Intention, zu Besitzen voraus und das Ausüben tatsächlicher Gewalt. Jedoch gibt es zwei mögliche Ausnahmen für diese Regel, *leges speciales*. In erster Linie in Fällen der Vermögensnachfolge, in denen Besitz von Rechts wegen verliehen wird (§ 3:112 BW). Das neue Recht enthält somit die auf *saisine* des alten Rechts basierende Akquisition (§ 597 OBW). Ich betrachte die Wahl für das Aufrechterhalten der bereits etablierten Regel aufgrund von Rechtssicherheit für völlig vertretbar. Die andere Ausnahme ist innerhalb des Erwerbs von Grundbesitz von besonderer Bedeutung: Sie erteilt dem Käufer Besitz, dem der Verkäufer das Gut faktisch übergeben hat, wobei das Eigentumsrecht jedoch noch nicht übertragen wurde (§ 7:9 Abs. 2 BW). Dieses ermöglicht dem Käufer beide Rechte zu erwerben, das des Schutzes, das des Besitzes und das der Ersitzung. Ich stimme dieser Ausnahme auch zu, weil die Alternative – die

Annahme des Besitzes in diesen Fällen – einen höchst künstlichen Charakter hat, besonders in Fällen in denen der Käufer bereits begonnen hat, den Platz wieder aufzubauen. Wenn ich mit meinem Verständnis richtig liege, dann hat der Gesetzgeber auch dieses *lex specialis* akzeptiert und sich deshalb von Eggens' Doktrin distanziert („Es ist unmöglich Besitz separat von dem Eigentumsrecht zu übertragen.”)

Die gesetzliche Bestimmung für den Schutz von Besitz macht Besitz zu einem Recht. Dieses steht in Konflikt mit der Beschreibung des Besitzes, die ihn als etwas faktisches qualifiziert. Das Problem wird durch die Identifizierung des Besitzes verursacht (*possessio civilis*), mit Besitz für den Zweck der Akquisition des Eigentums durch Ersitzung (*possessio ad usucapionem*). Diese Identifizierung passt nicht in das System des römischen Rechts, aus welcher die Beschreibung des Besitzes entnommen wurde. Römisches Recht betrachtet Besitz für den Zweck der Akquisition des Eigentums als völlig andere Ordnung als der bloße Besitz: Er musste eine Reihe zusätzlicher Bedingungen erfüllen, wie zum Beispiel die des guten Glaubens, *bona fides*. Aus diesem Grund konnte Meijers die *actio Publiciana* nicht nutzen, als er seine Regulierung für den Schutz des Besitzes entwarf, nahm allerdings auf eine andere Rechtsquelle Rückgriff: Das indigene Recht deutschen Ursprunges. Eigentlich wundere ich mich, ob die Regulierung nicht viel klarer gewesen wäre, wenn Meijers jenen Bereich intakt gelassen hätte, die zwischen den zwei Konzepten des Besitzes im alten Recht existierte. Er musste lediglich die Bedingung des guten Glaubens einfügen, um eine solche Unterteilung zu erreichen. Der gute Glaube wurde auch in seiner eigenen Interpretation des Paragraphen 2014 OBW gefordert und es war die Uminterpretation dieser Bestimmung die, Meijers zufolge, eigentlich den Bedarf nach einer bestimmten gesetzlichen Bestimmung für den Schutz des Besitzes verursachte. Dennoch ist die Frage, ob jedem Besitzer der Zugriff auf Ersitzung gestattet werden solle, letztlich eine Angelegenheit, die der Gesetzgeber entscheiden muss, und unser Gesetzgeber entscheidet in dieser Angelegenheit rechtlichen Regelwerks zustimmend.

Die Regulierung überlässt die „Polizei“-Funktion für den Schutz des Besitzes gegen gesetzeswidrige Verletzungen dem allgemeineren Rechtsmittel für unerlaubtes Handeln und den Eilverfahren. Diese Wahl von Rechtsmitteln haben ihren Wert, wie es die Praxis selbst zeigt, bewiesen. Ein Verstoß gegen den bloßen Besitz ist genauso unerwünscht wie der Verstoß gegen den Eigentümer-Besitz, es ist sinnvoll jene Rechtsmittel zu kombinieren. Separater „Polizei“-Schutz ist dann überflüssig.

Ich betrachte es als einen positiven Schritt, dass eine neue Regelung für die „Eigentums“-Funktion für den Schutz des Besitzes entworfen wurde, anstatt von den existierenden rechtlichen Bestimmungen Gebrauch zu machen. Meine Recherchen in Bezug auf die Regulierung innerhalb des OBW (Bezug auf das

dritte Kapitel) zeigten, dass das Gesetz bezüglich einer Reihe verschiedener Punkte Mängel aufwies und außerdem verwirrend war. Auf die gleiche Meinung lässt sich in der Literatur bezüglich dieses Themas stoßen.

Manche Autoren betrachten den Schutz auf Basis der „Eigentums“-Funktion als überflüssig: „Polizei“-Schutz würde ausreichen. Ich stimme dieser Meinung nicht zu. Bei Polizeischutz geht es um den Schutz des *status quo*, die faktische Situation der Dinge. In vielen Fällen mag er auch gegen die Verletzung eines gewissen Rechts schützen. Dieses muss aber nicht immer der Fall sein. Das Fallbeispiel *Damhof-De Staat* liefert ein Beispiel für eine Situation, in welcher die Klage bezüglich des gesetzeswidrigen Handelns keine gerichtliche Zuerkennung erhalten hat, wobei jedoch die Handlung auf Basis des Besitzrechts Rechtsschutz bot. Es ist die Korrektur potentieller Ungleichheiten in dem kausalen Systems der Übertragung von Eigentum, die den Schutz des Besitzes als Recht rechtfertigt, eher als das Behandeln rechtswidriger Taten. Ich bin durchaus bereit einzugestehen, dass der quantitative Bedarf für dieses zusätzliche Schutzrecht vielleicht nicht gerade groß ist. Trotzdem empfinde ich es als gerecht, die Gruppe von Besitzern die, zumindest Meijers' Interpretation zufolge, in der Lage sind auf den Schutz des Paragraphen 2014 OBW zu zählen, mit diesem Schutz auszustatten.

Andererseits argumentieren einige Autoren, dass die „Eigentums“-Funktion des Schutzes des Besitzes so ausgeweitet werden muss, dass der Begriff auch Besitzer umfasst. Dieser Meinung stimme ich nicht zu. Van Oven hat ganz richtig darauf hingewiesen, dass dieses möglicherweise zu der Existenz einer Kette vieler „Halter“ führen kann und das Gestatten des Zugriffs für jeden dieser Halter die Angelegenheit in Unordnung bringen könnte. Der bloße Besitzer und der Eigentümer-Besitzer unterscheiden sich in dem Sinn, dass letzterer mittels Ersitzung zum Eigentümer werden kann, der bloße Besitzer aber nicht. Aus diesem Grund hat ein Eigentümer-Besitzer ein größeres Interesse an dem Vermögensgut, und in genau diesem Interesse lässt sich die Rechtfertigung der zusätzlichen Kompetenzen die ihm zugesprochen werden erkennen. Durch die rechtliche Beziehung der beiden mit dem Besitzer, wird den betroffenen Inhabern ermöglicht, diejenigen die, zum Beispiel durch Diebstahl, das Recht verletzt haben, auf Schadensersatz zu verklagen. Sie selber können die „Polizei“-Rechtsmittel gegen Verletzungen des *status quo* verwenden. Van Oven hat herausgearbeitet, dass das Ergebnis dieser Rechtsmittel sich nicht von der besitzrechtlichen Handlung unterscheidet: Berechtigte Personen sind durch jene gesetzlichen Bestimmungen, die Dritten Schutz liefern, auch in ihren Möglichkeiten der Schadensersatzklage limitiert. Letztlich liefert das Zivilrecht einem beraubten Besitzer die Möglichkeit, das Vermögensgut im Fall des Bankrotts entweder des Diebs oder des folgenden Besitzers mit bösem Glauben.

Die Regelung liefert eine einzige besitzrechtliche Handlungsmöglichkeit für sowohl den Schutz beweglicher als auch unbeweglicher Dinge. Dieses kann, im Vergleich zu dem OBW, sicherlich als Verbesserung qualifiziert werden. In dem dritten Kapitel habe ich erklärt, dass der Transfer des Schutzes beweglicher Dinge von einer besitzrechtlichen Handlung zur anderen auf Seiten des Redaktionskomitees (*sprich von réintégrande zu dem maintenue*) in dem alten Gesetz große Verwirrung hervorgerufen hat. Hierbei hat das Redaktionskomitee auch den Punkt des Dahinscheidens, welcher aus dem französischen Recht stammte, missachtet und kam zu dem Entschluss, dass man eine bestimmte Handlung im Falle der Störung (*trouble*) und eine andere im Falle der Verlustes (*perte*) verwenden musste. Meijers hat die Regulierung vereinfacht, indem er beide Handlungen in eine zusammenfasste. Auch diese Vereinfachungen fasse ich als Verbesserung auf.

Die Regelung enthält eine Lösung für die Situation, in welcher das relative, besitzrechtliche Gut mit dem vollen Recht der berechtigten Person in Konflikt steht. Im Prinzip nimmt das volle Recht Vorrang, aber nicht immer: Die berechtigte Person ist nicht dazu befugt, die Gerechtigkeit in die eigene Hand zu nehmen. Falls er gegen diese Regel verstößt, wird die besitzrechtliche Handlung aufgrund des Prinzips des kanonischen Rechts gewährt, das besagt, dass der *status quo* wiederhergestellt werden muss, bevor man von seinen Rechten auf legale Weise Gebrauch machen kann. Jeder, der die regulative Funktion des Rechts wertschätzt und Selbstjustiz abweist, wird diese Ausnahme wertschätzen.

Der dritte Absatz des Paragraphen 3:125 BW enthält einen Verweis auf das Rechtsmittel gegen das gesetzwidrige Handeln des Paragraphen 6:162 BW (Der Verweis auf Eilverfahren wurde herausgenommen, weil er als überflüssig empfunden wurde). Dieser Schutz dient nicht nur dem Besitzer, sondern jedem Halter und auch dem Inhaber. Gerbrandy adressierte die Frage, ob das Zivilrecht Verweise enthalten sollte, dennoch ist die Aufnahme des dritten Absatzes nachvollziehbar. Jene Aufnahme spiegelt den Wunsch des Entwerfers wider, sowohl die „Polizei“-Funktion, als auch die „Besitz“-Funktion in derselben rechtlichen Bestimmung zu erwähnen. Außerdem mag letzteres zu einer besseren Anwendung des Rechts führen. Von Meijers selbst durchgeführte Recherchen zeigten, dass Richter das Recht auf verschiedene Weise falsch anwendeten: Wenn sie eine besitzrechtliche Handlung abwiesen, hätten sie verifizieren müssen, ob die präsentierten Tatsachen eventuell zu einer gerichtlichen Anerkennung auf Basis des Rechtsmittels gegen widerrechtliches Handeln Anlass gegeben hätten (*ius curia novit*). Jedoch fand Meijers heraus, dass sie dieses in der Regel nicht taten.

Gebruikte en geraadpleegde literatuur

Actes 1952

Actes de la Conférence convoquée par le gouvernement royal des Pays-Bas sur un projet de convention relatif à une loi uniforme sur la vente d'objets mobiliers corporels, élaboré par l'Institut International pour l'unification du droit privé, Rome: Éditions “Unidroit” 1952.

Alauzet 1849

I. Alauzet, *Histoire de la possession et des actions possessoires*, Paris : Imprimerie Nationale 1849.

Albrecht 1828

W.E. Albrecht, *Die Gewere als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts*, Königsberg : Bornträger 1828.

Alföldi 1963

A. Alföldi, *Early Rome and the Latins*, Ann Arbor : University of Michigan Press 1963.

Alföldi 1966

A. Alföldi, Struktur des Römerstaates in: *Les origines de la république Romaine, Entretiens, Tome XIII*, Geneve: Fondation Hardt pour l'étude de l'antiquité classique 1966.

Alföldi 1976

A. Alföldi, *Römische Frühgeschichte, Kritik und Forschung seit 1964*, Heidelberg : Carl Winter Universitätsverlag 1976.

Algra 2000

N.E. Algra, *Oudfries recht 800-1256*, Leeuwarden : Fryske Akademy 2000.

Von Amira/Eckhardt 1967

K. von Amira/ K.A. Eckhardt, *Germanisches Recht, Band II, Reichsaltertertümer*, Berlin: Water de Gruyter & Co. 1967.

Van Apeldoorn 1923

L.J. van Apeldoorn, ‘Vredeban en rechte weer’, in: *Rechtsgeleerd Magazijn, Tijdschrift voor binnen- en buitenlandse rechtsstudie* (p. 349-380 & 557-578).

Van Apeldoorn 1930

L.J. van Apeldoorn, ‘Roerend goed heeft geen gevolg’, in: *Rechtsgeleerd Magazijn, Tijdschrift voor binnen- en buitenlandse rechtsstudie*.

Asser 1838

C. Asser, *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek, vergeleken met het Wetboek Napoleon* (nagelaten werk), Amsterdam: Van Cleef 1838.

Asser/Scholten 1905

C. Asser/P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Tweede deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1905.

Asser/Scholten 1913

C. Asser/P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Tweede deel – Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1913.

Asser/Scholten 1927

C. Asser/P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Tweede deel – Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1927.

Asser/Scholten 1933

C. Asser/P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Tweede deel – Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1933.

Asser/Scholten 1945

C. Asser/P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Tweede deel – Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1945.

Asser/Meijers 1941

C. Asser/E.M. Meijers, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Vierde deel Erfrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1941.

Asser/Beekhuis 1957

C. Asser/J.H. Beekhuis, , *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Tweede Deel – Zakenrecht Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1957.

Asser/Mijnssen/De Haan 2001 (3-1)

C. Asser/F.H.J. Mijnssen/P. De Haan, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Goederenrecht. Deel I. Algemeen goederenrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Asser/Mijnssen/De Haan 2006 (3-1)

C. Asser/F.H.J. Mijnssen/P. De Haan, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Goederenrecht. Deel I. Algemeen goederenrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2006.

Bähr 1883

O. Bähr, *Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen von Dr. Otto Bähr*, München und Leipzig: R. Oldenbourg 1883. (Urteil VIII: Spolienklage, p. 37-52)

Bähr 1885

O. Bähr, *Civilrecht – Zur Besitzlehre* in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Neue Folge Band VIII (Der ganzen Folge XXVII Band) (p. 161-193).

Bähr 1888

O. Bähr, *Zur Besitzlehre* in: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Band 26, Neue Folge XIV. Band, (p. 224-344).

Bast 1956

J.H. Bast, *Het Ontwerp-Meijers voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek vergeleken met de bestaande wetgeving*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1956.

Bechmann 1872

A. Bechmann, *Das ius postliminii und die Lex Cornelia, Ein Beitrag zur Dogmatik des römischen Rechts*, Erlangen: Andreas Deichert 1872.

Beekhuis 1956

J.H. Beekhuis, 'Bezit en detentie in verband met het ontwerp-Meijers', in: *WPNR* # 4460 - 4462.

Bekker 1880

E.I. Bekker, *Das Recht des Besitzes bei den Römern, Festgabe an Johann Caspar Bluntschli zum Doktorjubiläum*, Leipzig: Breitkopf und Härtel 1880.

Bellefroid 1962

J.H.P. Bellefroid, 'De Code-vertalingen in de Franse tijd', in: *Wetboeken en Rechtstaal*, Brugge: Die Keure 1962.

Beloch 1926

K.J. Beloch, *Römische Geschichte bis zum Beginn der punischen Kriege*, Berlin: Walter de Gruyter & Co. 1926.

Berends 1974

O. Berends, *Der Zwölftafelprozess : zur Geschichte des römischen Obligationenrechts*, *Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, Band 92*, Göttingen: Otto Schwartz & Co.

Van den Bergh 1979

G.C.J.J. van den Bergh, *Eigendom, Grepen uit de geschiedenis van een omstreden begrip*, Deventer: Kluwer 1979.

Berger 1953

A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia: The American Philosophical Society 1953 (reprint 1991).

Berneder 2004

H. Berneder, *Magna Mater-Kult und Sibyllinen, Kulttransfer und annalistische Geschichtsfiktion*, Innsbruck: Institut für Sprachen und Literaturen der Universität Innsbruck, Abteilung Sprachwissenschaft, 2004.

De Bieberstein 1849

P.G.E.H. de Bieberstein, *Proeve over de zaken buiten den handel*, Leiden: Jacobs. Hazenberg Corns. Zoon 1849.

De Blécourt/Fischer 1967

A.S. de Blécourt/ H.F.W.D. Fischer, *Kort begrip van het Oud-Vaderlands burgerlijk recht*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1967.

Bleicken 1999

J. Bleicken, *Geschichte der Römischen Republik* (Oldenbourg-Grundriss der Geschichte: Band 2), München: Oldenbourg 1999.

Bloembergen 1965

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1965.

Blume/Lachmann/Rudorff 1967 (I)

F. Blume / K. Lachmann & A. Rudorff, *Die Schriften der Römischen Feldmesser*, Hidesheim: Georg Olms 1967.

Boehlau 1868

D. H. Boehlau, *Die Blume von Magdeburg*, Weimar: Hermann Boehlau 1868.

Van Boneval Faure 1877

R.T.H.P.L.A. van Boneval Faure, *Historische toelichting van het Nederlandsche bezitrecht : (B. W. B. II Tit. 2)*, Leiden: Brill 1877.

Boret 1883 (I)

A. Boret (ed.), *Capitularia Regum Francorum, Tomus Primus*, Hannover: Hahn 1883.

Bort 1731

P. Bort, *Alle de wercken van mr. Pieter Bort ...: begrepen in ses tractaten, waer in in't breede verhandelt werden I. Het Hollandts leen-recht, II. Proceduyren in criminele saecken te houden, III. De domeynen van Hollandt, IV. De hooge en ambachts-heerlijckheden, V. Complaincte, ende VI. d'Arresten*, Leiden: Johannes Arnold Langerak.

Bourjon 1770 (I)

F. Bourjon, *Le droit commun de la France et la coûtume de Paris réduits en principes, Tome Premier*, Paris Grangé/Cellot 1770.

Bourjon 1770 (II)

F. Bourjon, *Le droit commun de la France et la coûtume de Paris réduits en principes, Tome Second*, Paris Grangé/Cellot 1770.

Bouteiller/Charondas Le Caron 1603

J. Bouteiller/L. Charondas Le Caron, *Somme rrral, ov le grand covstvmier général de practiqve civil et canon*, Paris: Barthelemy Mace 1603.

Brahn 1992

O.K. Brahn, *Levering, beschikkingsonbevoegdheid (Mon. Nieuw BW B-6b)*, Deventer: Kluwer.

Brandsma 1989

F. Brandsma, Enige mededelingen over de verkrijgende verjaring van onroerend goed en de overschrijving in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen VI*, Groningen: Het Groningsch Rechtshistorisch Fonds 1989.

Brandsma 2006

F. Brandsma, 'Een basterd code Napoleon'? in: *Nederland in Franse schaduw, Recht en bestuur in het Koninkrijk Holland*, Hilversum: Verloren 2006.

Brandsma 2010

F. Brandsma, Balsem uit nieuwe en wijze Wetten, Tweehonderd jaar Wetboek Napoléon ingerigt voor het Koninkrijk Holland in: *gedenkbundel Tweehonderd jaren codificatie van het privaatrecht in Nederland : opstellen over (de geschiedenis van) het privaatrecht naar aanleiding van het tweede eeuwfeest van het Wetboek Napoléon ingerigt voor het Koninkrijk Holland*, onder red. van J.H.A. Lokin, J.M. Milo, C.H. van Rhee, Groningen: Chimaira 2010.

Brandsma 2011

F. Brandsma, 'De Hollanders bezien alles wat uit Frankrijk komt met afgunst.' Over de invoering en toepassing van de Code Napoléon in Nederland in: *Pro Memorie, Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis der Nederlanden 13.2, Het Franse Nederland: de inlijving 1810-1813*, Hilversum: Verloren 2011.

Brandsma 2016

F. Brandsma, 'Actions in Roman and civil law fort he protection of immovables' in: *Protection of Immovables in European Legal Systems*, ed. Sonia Martin Santisteban & Peter Sparkes, Cambridge University Press 2016.

Bregstein 1956

Bregstein, Meijers en de poging tot hercodificatie in Nederland in: *Rechtskundig Weekblad*, 7 oktober 1956 (nr. 4).

Brennan 2000

T.C. Brennan, *The praetorschip in the Roman republic, Volume I*, Oxford: Oxford University Press 2000.

Bringmann 2002

K. Bringmann, *Geschichte der römischen Republik, Von den Anfängen bis Augustus*, München: C.H. Beck 2002.

Brissaud 1912

J. Brissaud, *A history of French Private Law*, The continental legal history series; vol. 3, Boston: Brown and Company, 1912 (Rothman Reprints, New York,: Augustus M. Kelley 1968).

Brissaud 1935

J. Brissaud, *Manuel d'Histoire du Droit Privé, à l'usage des étudiants en licence et en doctorat*, Paris: E. de Boccard 1935.

Brodeau 1669 (II)

J. Brodeau, *Covstyme de la prevosté et vicomté de Paris, Tome Second*, Paris: Jean Gvignard 1669.

Broggini 1957

G. Broggini, *Iudex Arbiterve, Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters* (Forschungen zum römischen Recht ; Abhandlung 10), Köln: Böhlau Verlag 1957.

Brunner 1901

H. Brunner, *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, Leipzig: Duncker & Humblot 1901.

Brunner 1906

H. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte, Erster Band*, Leipzig: Duncker & Humblot 1906.

Brunner/von Schwerin 1930

H. Brunner/C. von Schwerin, *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, München & Leipzig: Duncker & Humblot 1930.

Brunner 1992

C.J.H. Brunner, Dief wordt eigenaar, in: *Quod licet ('Kleijn-Bundel')*, Deventer: Kluwer 1992.

Bruns 1848

C.G. Bruns, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, Tübingen: H. Laupp'schen Buchhandlung 1848.

Bruns 1860

C.G. Bruns, Der ältere Besitz und das Possessorium ordinarium in: *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, Band 4, Leipzig: Hirzel 1860.

Bruns 1874

C.G. Bruns, *Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts*, Weimar: Böhlau 1874.

Bruns 1909

C.G. Bruns (ed. O. Gradenwitz), *Fontes Iuris Romani, Antiqui, pars posterior (II) Scriptores*, Tübingen: I.C.B. Mohrrii (P. Siebeck) 1909.

Bujuklić 1998

Ž. Bujuklić, *Leges regiae: pro et contra* in: *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 1998.

Bujuklić 1999

Ž. Bujuklić, Ancient and Modern Concepts of Lawfulness: *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 1999.

Burckhard 1868

D. Burckhard, Ueber die Bedeutung des Satzes der XII Tafeln Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus est, adversus hostem aeterna auctoritas in: *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, Weimar: Böhlau 1868.

Calisse 1928 (II)

C. Calisse, *A history of Italian law*, Volume II, (vertaling van: *Storia del diritto italiano*, door Layton B. Register), The continental legal history series; vol. 8, Boston: Brown and Company, 1928.

Caterina 2004

R. Caterina, Concepts and remedies in the law of possession in: *The Edinburgh Law Review*, Volume 8, 2004 [8 Edinburgh L. Rev. 267 2004] (p. 267-272).

Chao-Duivis 1996

M.A.B. Chao-Duivis, Dief wordt eigenaar.....en blijft dat (helaas)! in: *WPNR* 1996 (6240), p. 732-734.

Choi 2013

Y.S. Choi, *Der Besitzerwerb des Erben* (diss. Bonn), (Rechtshistorische Reihe 448), Peter Lang GmbH 2013.

Cleveringa 1980 (WPNR 5504)

R.P. Cleveringa, Herdenking van Eduard Maurits Meijers in *WPNR* 5504 ('Meijers-nummer'). Deze herdenking is overgenomen met toestemming van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen uit het jaarboek 1954/1955.

Cohen 1938

I.B. Cohen, Het stelsel van onroerend goed in het Burgerlijk Wetboek van 1838 tot heden, in: *Gedenboek Burgerlijk Wetboek 1838 – 1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938.

Cohn 1880 (I)

M. Cohn, *Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts, Band I*, Berlin: Weidmannsche Buchhandlung 1880.

Coing 1985 (I)

H. Coing, *Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800, Band I, Älteres Gemeines Recht*, München, C. H. Beck 1985.

Commission Spéciale 1956

Commission Spéciale nommée par la Conférence de la Haye sur la Vente, *Projet d'une loi uniforme sur la Vente internationale des objets mobiliers corporels, nouveau texte élaboré par la Commission et rapport de la Commission*, La Haye: Imprimerie Nationale (Staatsdrukkerij) 1956.

Coninck Liefsting 1869

F.B. Coninck Liefsting 1869, *De algemeene beginselen van het bezitrecht en de Nederlandse bezitactiën*, Leiden: Steenhof 1869.

Crawford 1976

M.H. Crawford, The early Roman economy, 753-280 BC, in A. Balland (red.): *L'Italie préromaine et la Rome républicaine [I] (Mélanges offerts à Jaques Heurgon)*: Rome: L'Erma 1976.

Crawford 1996 (I)

M.H. Crawford (ed.), *Roman Statutes*, Volume I, Oxford: Institute of Classical Studies 1996.

Crawford 1996 (II)

M.H. Crawford (ed.), *Roman Statutes*, Volume II, Oxford: Institute of Classical Studies 1996.

Cuq 1894

E. Cuq, Recherches sur la possession à Rome sous la République et aux premiers siècles de l'Empire, in: *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger*, XVIII, Paris: Larose 1894.

Cuq 1904 (I)

E. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, tome premier, l'ancien droit, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence 1904.

Cuq 1928

E. Cuq, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence 1928.

De Damhouder 1626

J. de Damhouder, *Practijcke in Civile Saecken*, 's-Gravenhage: Weduwe ende efgenenamen van wijlen Hillebrant 1626.

De Damhouder 1646

I. de Damhouder, *Opera omnia: in quibus Praxis rerum civilium, et criminalium, omnesque insuper tractatus, qui reperiri poterunt breviter et dilucide pertractantur*, Antwerpen: Petrus Bellerus 1646.

Van Dapperen 1991

H.J.M. van Dapperen, *Vrederecht in Den Haag*, Mededelingen van het Juridisch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam nr. 35, Rotterdam: Universiteitsdrukkerij Erasmus 1986.

Van Dapperen 1991

H.J.M. van Dapperen, *De vrederechter in Nederland 1811-1838* (diss. Rotterdam), Mededelingen van het Juridisch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam. Serie proefschriften ; 1, Rotterdam: Universiteitsdrukkerij Erasmus 1991.

Daube 1951

D. Daube, Concerning the Classifications of Interdicts in: *David Daube, Collected Studies in Roman Law, Erster Halbband*, Frankfurt am Main: Klostermann 1991. (Oorspronkelijk gepubliceerd in: *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, vol. 6, Brussels 1951, pp. 23-78).

Daube 1991 (I)

D. Daube, Furtum proprium and furtum improprium in: *David Daube, Collected Studies in Roman Law, Erster Halbband*, Frankfurt am Main: Klostermann 1991.

David 1946

M. David, The treaties between Rome and Carthage and their significance for our knowledge of Roman international law in: *Symbolae ad jus et historiam antiquitatis pertinentes Julio Christiano van Oven dedicatae (Symbolae van Oven)*, Leiden: Brill 1946.

David & Nelson 1951

M. David & H.L.W. Nelson, in causa mancipii esse in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Deel XIX*, Groningen: J.B. Wolters' Uitgeversmaatschappij 1951.

Delbrück 1857

B. Delbrück, *Die dingliche Klage des deutschen Rechts : geschichtlich und für den heutigen Gebrauch dargestellt*, Leipzig : Breitkopf und Härtel 1857.

Van Delden 1986

R. van Delden, Na-Denken over bezit en houderschap in: *Mededelingen van het Juridisch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam*, nr. 38, Rotterdam: het Juridisch Instituut 1986.

Der Kleine Pauly (III) 1979

K. Ziegler en W. Sontheimer, *Der Kleine Pauly, Lexikon der Antike, Band 3 – Iuppiter – Nasidienus*: München: Deutscher Taschenbuch Verlag 1979.

Dernburg 1873

H. Dernburg, Untersuchungen über das Alter der einzelnen Satzungen des prätorischen Edicts in *Festgaben für August Wilhelm Heffter zum III. August MDCCCLXXIII*, Berlin Weidman 1873 (p. 93-132)

Dernburg 1883

H. Dernburg, *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts*, Festschrift zum fünfzigjährigen Stiftungsfest der Universität Zürich, Halle: Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses 1883.

Dernburg 1896 (I)

H. Dernburg, *Pandekten, Erster Band*, Berlin: H.W. Müller 1896.

Diephuis 1857 (III)

G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek*, Groningen: J.B. Wolters 1857.

Diephuis 1885 (I)

G. *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, Groningen: J.B. Wolters 1885.

Diephuis 1886 (VI)

G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek*, Groningen: J.B. Wolters 1886.

Diösdi 1970

G. Diösdi, *Ownership in ancient and preclassical Roman Law*, Budapest: Akadémiai Kiado, 1970.

Dobozy 1999

M. Dobozy, *The Saxon Mirror, A Sachsenspiegel of the Fourteenth Century*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press 1999.

Drew 1991

K.F. Drew, *The Laws of the Salian Franks*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press 1991.

J. Drion 1942 (WPNR)

J. Drion, Levering van roerend goed, dat zich in handen van een derde bevindt in: *WPNR* # 3771 - # 3775.

H. Drion 1965

H. Drion, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Kluwer: Deventer 1965, p. 20 (no. 59).

H. Drion 1967 (WPNR)

H. Drion, De betekenis van het bezit voor ons huidig recht in: *WPNR* # 4941- # 4943.

Drucker 1879

H.L. Drucker, *Bezitsverkrijging en bezitsverlies door derden*, (diss. Leiden), Leiden: Van Doesburgh 1879.

Drucker 1881

H.L. Drucker, boekbeoordelingen in *Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving*, nieuwe reeks, zevende deel.

Duivenvoorden 2000

E. Duivenvoorden, *Een voet tussen de deur, Geschiedenis van de kweging 1964-1999*, Amsterdam: De Arbeiderspers 2000.

Dunand 2000

J.P. Dunand, *Le transfert fiduciaire: <<donner pour reprendre>>: mancipio dare ut remancipetur; analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion* (diss. Genève), Bâle: Helbing et Lichtenhahn 2000.

Van Dunné e.a.1977

J.M. van Dunné e.a., *Acht civilisten in burger – Gesprekken met Beekhuis, Dooyeweerd, Dorhout Mees, Kisch, Langemeijer, Petit, Pitlo, Veegens*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1977.

Eckhardt 1953

K.A. Eckhardt, *Lex Salica 100 Titel-Text. Germanenrechte Neue Folge*. Weimar: 1953.

Eggens 1929 (WPNR)

J. Eggens, Het recht van bezit kan niet als zodanig overgedragen worden, in: *WPNR* # 3095 - # 3096.

Eisenhardt 1984

U. Eisenhardt, *Deutsche Rechtsgeschichte*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1984.

Encyclopædia Britannica 2006

Latin League. (2006). In *Encyclopædia Britannica*. Retrieved September 14, 2006, from Encyclopædia Britannica Premium Service: <http://www.britannica.com/eb/article-9047297>

Erlor & Kaufmann & Schmidt-Wiegand 1978

A. Erlor en E. Kaufmann en R. Schmidt-Wiegand, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), Band II*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 1978.

Faber 2007

N.E.D. Faber, Overdracht van voorwaardelijke eigendom in: *Fiduciaire verhoudingen – "Libellus amicum prof. Mr. S.C.J.J. Kortmann"*, Deventer: Kluwer 2007.

Feenstra 1984

R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden: E.J. Brill/Universitaire Pers Leiden 1984.

Fehr 1961

H. Fehr, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Berlin: Walter de Gruyter & Co. 1961.

Feith 1866

P.R. Feith, Over bezit en bezittacties in: *Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving* (p. 614-699), zestiende deel.

Fenet 1827 (XII)

P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome Douzième*, Paris: Marchand du Breuil 1827.

Fenet 1836 (XV)

P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, Tome Quinzième*, Paris: Videcoq 1836.

De Ferriere/d'Aramon 1770

C. de Ferriere/S. d'Aramon, *Nouveau commentaire sur la Coutume de la Prévoté et Vicomté de Paris, Tome Premier*, Paris: les Libraires Associés.

Flach 1994

D. Flach, *Die Gesetze der frühen römischen Republik, Text und Kommentar*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1994.

Flach 2004

D. Flach, *Das Zwölftafelgesetz, Herausgegeben, übersetzt und kommentiert von Dieter Flach*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 2004.

Flach 2006

D. Flach, *Marcus Terentio Varro, Über die Landwirtschaft*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 2006.

Florijn 1992

E.O.H.P. Florijn, 'Een natuurlijke gang van zaken' in: *Nederlands Juristenblad ('Nieuw BW')*, 2 januari 1992, aflevering 1.

Florijn 1994

E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Maastricht: Universitaire Pers Maastricht, 1995.

Fockema Andreae 1893

S.J. Fockema Andreae, Die Frist von Jahr und Tag und ihre Wirkung in den Niederlanden in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung)*, Band 14 (=27), (blz. 75-111), Weimar: Böhlau 1893.

Fockema Andreae 1906 (I)

S. J. Fockema Andreae, *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht, Eerste deel*, Haarlem: De erven F. Bohn 1906.

Fockema Andreae/Van Apeldoorn 1939 (II)

S.J. Fockema Andreae / L.J. Van Apeldoorn, *Hugo de Groot, Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid, deel (II)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1926.

Frank 1975

T. Frank, *An economic survey of ancient Rome*, New York: Octagon Books 1975.

Fredericq 1955

L. Fredericq, "Prof. Meijers en de éénmaking van het Belgisch-Nederlands Recht" in: *Rechtskundig Weekblad* (no. 19), 23 januari 1955, p. 875 e.v.

Fruin 1871

J.A. Fruin, De Anfang en de slichte clage umme varende have, naar het oud-Saksische recht (met een aanhangsel over de actiën om roerend goed naar het oud-Hollandsche recht) in: *Verhandelingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen, afdeling Letterkunde, VI*, Amsterdam: Van der Post 1871.

Fuhrmann 2000

M. Fuhrmann, *Cicero's Topica*, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen 2000.

De Geer van Jutphaas 1888 (I)

B.J.L. Baron de Geer van Jutphaas, *De Saksenspiegel in Nederland, Eerste stuk. – Oudere tekst*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1888.

De Geer van Jutphaas 1888 (II)

B.J.L. Baron de Geer van Jutphaas, *De Saksenspiegel in Nederland, Tweede stuk. – Vermeerderde tekst met de glosse*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1888.

Gellius

J.C. Rolfe, *The Attic Nights of Aulus Gellius, Volume III*, (Loeb Classical Library) London: Heinemann 1961.

Gerbrandy 1960

S. Gerbrandy, Bezit in het Ontwerp-Meijers in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960.

Van Gessel-de Roo 1991

M.J.E.G. van Gessel de Roo, *Zakenrecht 1798-1820, Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798; dl. 7; Werken der Stichting tot Uitgaaf der Bronnen van het Oud-Vaderlandse Recht ; no. 21*: Zutphen: Walburg Pers 1991.

Gierke 1905 (II)

O. Gierke, *Deutsches Privatrecht. Zweiter Band. Sachenrecht*. Leipzig: Duncker & Humblot 1905.

Giltay Veth 1976

N.J.P. Giltay Veth, Damhoff/De Staat: J.C. van Oven en F.J. de Jong in: *Nederlands Juristenblad*, Zwolle: Kluwer 1976.

Giraud 1830

C. Giraud, *Theses pro duabus vice-cathedris in aquensi, consultissima facultate vacantibus*, Aquis-Sextiis 1830

Gispen 1975

W.H. Gispen [et al.], *Bijbelse Encyclopedie*, Kampen: J.H. Kok 1975.

Gjerstad 1967

E. Gjerstad, Discussions concerning Early Rome, 3, in: *Historia, Band XVI*, Wiesbaden: Franz Steiner Verlag 1967.

Glasson 1890

E. Glasson, de la possession et des actions possessoires au moyen-age in: *Nouvelle Revue Historique de droit Français et Étranger*, Quatorzième Année, (p. 588-633) Paris: Larose et Forcel 1890.

Glück 1896

F.C. von Glück, *Ausführliche Erläuterungen der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar*, Serie der Bücher 43 und 44, Fünfter Theil, Erlangen: Palm & Enke 1896.

Godding 1987

P. Godding, *Le droit privé dans les Pays-Bas meridionaux du 12^e au 18^e siècle*, Bruxelles : Palais des Académies 1987.

Godefroy 1626 (II)

I. Godefroy, *Commentaires svr la Covstyme Reformee dv Pays et Dvché de Normandie, anciens refforts & enclaves d'iceluy, Second Tome*, Roven: David dv Petit Val 1626.

De Goede 1949

A. de Goede, *Nederlandse rechtsgeschiedenis, deel 1*, Leiden: Stenfert Kroese 1949.

Gordley & Mattei 1996

J. Gordley & U. Mattei, Protecting Possession in: *The American Journal of Comparative Law* (Vol. 44, No. 2 (Spring, 1996), p. 293-334): American Society of Comparative Law 1996 (download van HeinOnline).

Goudsmit en Opzoomer 1844

J.E. Goudsmit en C.W. Opzoomer, Beschouwing van art. 881 en 619 B.W. in: *Themis, Regtskundig Tijdschrift*, 's-Gravenhage: J. Belinfante 1844.

Gratama 1851

B.J. Gratama, Bijdrage tot de leer van den invloed, dien het proces op 't materiële regt uitoefent, vooral naar Nederlandsch regt, in: *Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving, Eerste deel*, Amsterdam: Johannes Müller 1851.

Gregory & Stuart 1990

P.R. Gregory & R. C. Stuart, *Soviet Economic Structure and Performance*, New York: Harper & Row 1990.

Grimm 1899 (I)

J. Grimm, *Deutsche Rechtsaltertümer, Erster Band*, Leipzig: Dieterich 1899 (ongewijzigde reproductie Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1965)

Groefsema 1993

L. Groefsema, *Bevoegd beschikken over andermans recht*, (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993.

De Grooth 1952

G. de Grooth, Rondom het Damhof-arrest in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1952.

De Grooth 1955

G. de Grooth, Prof. Meijers als mens in: *Rechtskundig Weekblad* 1955 nr. 19.

De Grooth 1955 (I)

G. de Grooth, *Beschrijving van het vermogensrecht in het algemeen, het erfrecht en de zakelijke rechten in de ontwerpen-Meijers, met enige critische kanttekeningen, Prae-advies, uitgebracht door Prof. mr. G. de Grooth, voor de Jaarlijkse Algemene Vergadering van de Broederschap der Notarissen in Nederland. Eerste gedeelte: Inleiding en het Algemene Deel van het Vermogensrecht*, 's-Gravenhage: Broederschap der Notarissen 1955.

Grotius (I)

Hugo de Groot, *Inleiding tot de Hollandsche Rechts-Geleertheyd, nieuwe uitgave door Mr. L.J. Van Apeldoorn*, Arnhem: Gouda Quint 1926.

Grotius (II)

Hugo de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid, met aantekeningen van Mr. S.J. Fockema Andreae, derde herziene en vermeerderde uitgave door Mr. L.J. Van Apeldoorn*, Arnhem: Gouda Quint 1926.

Güterbrock 1909

F. Güterbrock, *Der Prozeß Heinrichs des Löwen*, Berlin: Reimer 1909 (Exkurs III: 'Die Bedeutung von "Jahr und Tag"', p. 203-210),

Van Hall 1828

J. van Hall, Dertig vragen omtrent Bezit en bezitregt, volgens het nieuwe Nederlandsche Burgerlijke Wetboek in: *Bijdragen tot Regtsgeleerdheid en Wetgeving, Derde deel*, Amsterdam: De erven H. Gartman 1828.

Hallebeek 1996

J. Hallebeek, Recursus ad principem, Zegers Bernard van Espen on the rôle of secular courts in preventing the abuse of ecclesiastical jurisdiction in: *Met het oog op morgen, Ecclesiologische beschouwingen aangeboden aan Jan Visser*, Zoetermeer: Boekencentrum 1996.

Hallebeek 1998

J. Hallebeek, The possessory remedy of maintenance, Origin and application by the Court of Utrecht in: *Een Rijk Gerecht, Opstellen aangeboden aan prof. mr. P.L. Nève*, (Rechtshistorische reeks van het Gerard Noodt Instituut, nr. 41), Nijmegen: Gerard Noodt Instituut 1998.

Hallebeek 2009

J. Hallebeek, *Fons et origo iuris: Een historische inleiding tot het vermogensrecht*, Amsterdam: VU University Press 2009.

Halpérin 2008

J. Halpérin, *Histoire du droit des biens*, Paris: Economica 2008.

Hamaker 1895

H.J. Hamaker, Over den aard van het bezit in: *Weekblad voor Notaris-ambt en Registratie* (# 1306-1309), 's-Gravenhage: C.H. Susan 1895. Ook gepubliceerd in: *Verspreide Geschriften van Mr H.J. Hamaker*, Deel II – Zakenrecht, Haarlem: De erven F. Bohn 1911.

Hardenberg 1970

L. Hardenberg, Zur Frist von Jahr und Tag, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung)*, Band 87 (blz. 287-290), Weimar: Böhlau 1970.

Hazewinkel-Suringa 1931

D. Hazewinkel-Suringa, *Mancipatio en Traditio, bijdrage tot de kennis van de eigendomsoverdracht in het Romeinse recht* (diss. Amsterdam), Samson, 1931.

Van der Heijden/Hermesdorf 1965

B.H.D. Hermesdorf, *Aantekeningen bij de geschiedenis van het oude vaderlandse recht*, Nijmegen-Utrecht: Dekker & Van de Vegt, 1965.

Heineccius 1745

J.G. Heineccius, *Antiquitatum Romanarum jurisprudentiam illustrantium syntagma*, Traiecti ad Rhenum : sumptibus Ioannis Broedelet , 1745.

Heinsius 1922

A.J.R. Heinsius, *Over de Romeinsche Bezitsbescherming in het algemeen en die van den Contractueelen Detentor in het bijzonder* (diss. Amsterdam), Crefeld: J.B. Kleinsche Druckerei M. Busscher 1922.

Hermesdorf 1972

B.H.D. Hermesdorf, *Schets der uitwendige geschiedenis van het Romeins recht*, Nijmegen: Dekker & Van de Vegt, 1972.

Van Herreweghe 1993

P.B. van Herreweghe, *De Vrederechter en Cassatie, De verhouding tussen de wetsongebonden 'laagste' en de wetsbewakende 'hoogste' rechter 1790-1813* (diss. Rotterdam), Gent: Mys & Breesch 1993.

Heusler 1872

A. Heusler, *Die Gewere*, Weimar: Hermann Böhlau 1872.

Heusler 1886 (II)

A. Heusler, *Institutionen des Deutschen Privatrechts, Zweiter Band*, Leipzig: Duncker & Humblot 1886.

Heuss 1933

A. Heuss, *Die völkerrechtlichen Grundlagen der Römischen Aussenpolitik in republikanischer Zeit*, (Klio, Beiträge zur alten Geschichte, Beiheft 31, [Neue Folge, 18. Beiheft]) Leipzig: Dieterich'sche Verlagsbuch-handlung 1933.

Hevin/'d'Argentré/Poullain de Belair/du Moulin 1745 (I)

P. Hevin/B.d'Argentré/H.E. Poullain de Belair/ C. du Moulin, *Coûtumes generales du païs et duché de Bretagne; et usemens locaux de la mesme province, avec les procez-verbaux des deux reformatations, les notes de m. Pierre Hevin, Doïen des Avocats du Parlement. Les arrests recueillis par le mesme auteur sur les articles de la coutûme, l'Aitiologie de messire Bertrand d'Argentre, Sénéchal de Rennes. La traduction abrégée de son Commentaire sur l'ancienne coutume de Bretagne par M. H.E. Poullain de Belair, Doïen des Avocats du même Parlement Et les notes de m. Charles Du Moulin sur la même Coutume, Tomes II*, Rennes: G. Vatar 1745.

Hevin/'d'Argentré/Poullain de Belair/du Moulin 1746 (II)

P. Hevin/B.d'Argentré/H.E. Poullain de Belair/ C. du Moulin, *Coûtumes generales du païs et duché de Bretagne; et usemens locaux de la mesme province, avec les procez-verbaux des deux reformatations, les notes de m. Pierre Hevin, Doïen des Avocats du Parlement. Les arrests recueillis par le mesme auteur sur les articles de la coutûme, l'Aitiologie de messire Bertrand d'Argentre, Sénéchal de Rennes. La traduction abrégée de son Commentaire sur l'ancienne coutume de Bretagne par M. H.E. Poullain de Belair, Doïen des Avocats du même Parlement Et les notes de m. Charles Du Moulin sur la même Coutume, Tomes II*, Rennes: G. Vatar 1746.

Hijma 1995 (Soons bundel)

J. Hijma, 'Bezitsverschaffing door een houder' in: *Heden verschenen voor mij... (Soons bundel)*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

Hoekstra 1902

P. Hoekstra, *Romeinsche Antiquiteiten, schets der staatsinstellingen van het Romeinsche rijk*, Zwolle: Tjeenk Willink 1902.

Hofmann 1928 (WPNR 3059-3060)

L.C. Hofmann, Eenige opmerkingen over de beteekenis van art. 2014 B.W. in: *WPNR* 3059-3060.

Hofmann 1928 (WPNR 3074-3075)

L.C. Hofmann, Nog eens: Art. 2014 B.W. in: *WPNR* 3074-3075.

Hofmann 1944

L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch Zakenrecht*, Groningen: J.B. Wolters 1944.

Holmes 1995

O.W. Holmes, *The collected works of Justice Holmes, Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes, Volume 3*, Chicago-London: University of Chicago Press 1995.

Homeyer 1842

C.G. Homeyer, *Des Sachsenspiegels Zweiter Theil nebst den verwandten Rechtsbüchern, Erster Band, Das Sächsische Lehnrecht und der Richtsteig Lehnrechts*, Berlin: Ferdinand Dümmler 1842.

Hooykaas 1949

E.F. Hooykaas, *Art. 2014 B.W.*, Utrecht: Schotanus & Jens 1949.

Huber 1894

E. Huber, *Die Bedeutung der Gewere im Deutschen Sachenrecht (Festschrift im Namen und Auftrag der Universität Bern)*, Bern: Karl Stämpfli & Cie 1894.

Huber 1686 (II)

U. Huber, *Heedendaegse rechts-geleertheyt, soo elders, als in Frieslandt gebruikelijk*, Tweede deel, Leewarden: Hero Nauta 1686.

Hübner 1918

R. Hübner, *A history of Germanic Private Law*, The continental legal history series; vol. 4, Boston: Brown and Company, 1918 (Rothman Reprints, New York,: Augustus M. Kelley 1968).

Hübner 1919

R. Hübner, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, Leipzig: Deichert'sche Verlagsbuchhandlung 1919.

Hunter 1903

W.A. Hunter, *A systematic and Historical Exposition of Roman Law in the Order of a Code*, London: Sweet & Maxwell 1903.

Huschke 1835

P.E. Huschke, *Ueber die Stelle des Varro von den Liciniern nebst einer Zugabe über Fest. V. Possessiones und Possessio*, Heidelberg: Mohr 1835.

Huussen 1975

A.H. Huussen, *Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798, II : huwelijks- en huwelijksgoederenrecht tot 1820; Werken der Vereeniging tot Uitgaaf der Bronnen van het Oud-Vaderlandsche Recht, 3e Reeks / 22*, Bussum: Kemink 1975.

Ishikawa 1986

Takeshi Ishikawa, Die Gewere im Sachsenspiegel in: *Festschrift für Hans Thieme zu seinem 80. Geburtstag*, Sigmaringen: Jan Thorbecke Verlag 1986.

Jansen 2010

C.J.H. Jansen, 'Het verbintenissenrecht in het Wetboek Napoléon ingerigt voor het koninkrijk Holland' (p. 98-100) in: J.H.A. Lokin e.a. (red.), *Tweehonderd jaren codificatie van het privaatrecht in Nederland*, Groningen: Chimaira 2010.

Jansen 2005

J.E. Jansen, Reactie: Dief wordt vaak geen eigenaar in: *WPNR* 2005 (6639), p. 801-803.

Jansen 2008

J.E. Jansen, Enige opmerkingen over levering en bezitsverschaffing van onroerende zaken in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* (2008-1).

Jansen 2011

J.E. Jansen, *Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring* (diss. Groningen), Den Haag: Boom 2011.

Jansen 2012

J.E. Jansen, Bezitsverschaffing naast levering van registergoederen? in: *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* (vol. 29, iss. 1 (2012), p. 8-20).

Jhering 1869

R. von Jhering, *Über den Grund des Besitzschutzes*, Aalen, Scientia 1968 (Neudruck der 2. Auflage Jena 1869).

Jhering 1884

R. von Jhering, Im juristischen Begriffshimmel', in: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, Breitkopf & Härtel 1884.

Jolowicz 1932

H.F. Jolowicz, *Historical introduction to the study of Roman Law*, Cambridge: University Press 1932.

De Jong 1972

F.J. de Jong, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van Prof. Mr. E.M. Meijers, Toelichting vierde gedeelte (boek 7)*, Den Haag: Staatsdrukkerij en Uitgeversbedrijf 1972.

De Jong 2003

J. de Jong [et al.], *Naar een meer positief stelsel van grondboekhouding? Preadviezen 2003, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2003.

De Jong 2006

Th. F. de Jong, *De Structuur van het Goederenrecht* (diss. Groningen), Groningen 2006.

de Jonge 1857

B.C. de Jonge, *De possessoire actiën van het oud-Hollandsch recht, in verband met die van het Burgerlijk Wetboek (diss. Leiden)*, Leiden: Hazenberg, Corns. zoon 1857.

Jörs/Kunkel/Wenger 1987

P. Joers, W. Kunkel & L. Wenger, *Römisches Recht*, ed. quarta, edd. H. Honsell – Th. Mayer-Maly – W. Selb, Berlin: Springer 1987.

Jousse 1757

D. Jousse, *Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance civile du mois d'Avril 1667, Tome premier*, Paris: Debure 1757.

Jung 1993

E.F. Jung, *De Germanen, Bloei en neergang van de bedwingers van het Romeinse Rijk*, Baarn: Tirion 1993.

Van Kan 1913

A.H.M.J. van Kan, *Bezitsverhoudingen* (diss. Amsterdam), Amsterdam: J.H. de Bussy 1913.

Van Kan 1938

J. van Kan, Het Burgerlijk Wetboek en de Code civil in: *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838 – 1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938.

Kantorowicz & Buckland 1938

H. Kantorowicz & W.W. Buckland, *Studies in the Glossators of Roman law: newly discovered writings of the twelfth century*, Cambridge: At the University Press 1938.

Kappeyne van de Coppello 1870

J. Kappeyne van de Coppello, Over den titel van bezit in het B.W. in: *Themis, Regtskundig Tijdschrift* (p. 352-425), 's-Gravenhage: Gebroeders Belinfante 1870.

Karlowa 1901 (I)

O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte, Erster Teil. Privatrecht*, Leipzig: Veit & Comp. 1901.

Kaser 1949

M. Kaser, *Das altrömische Ius : Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1949.

Kaser 1952

M. Kaser, *Zur Geschichte der "capitis deminutio" in: IURA (Rivista Internazionale di diritto Romano e Antico) III* (p. 48-89), Napels: Jovene 1952.

Kaser 1953

M. Kaser, *Vom Begriff des "commercium" in: Studi in onore di Voncenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, Vol. II, Napels 1953 (p. 131-167). (Herdruckt in M. Kaser, *Ausgewählte Schriften*, Band I, Jovene 1976, p. 273 - 309).

Kaser 1955 (I)

M. Kaser, *Das Römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das Altrömische, das Vorklassische und Klassische Recht*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1955.

Kaser 1956

M. Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, (Forschungen zum römischen Recht ; Abhandlung 1, Band 1), Köln: Böhlau Verlag 1956.

Kaser 1964

M. Kaser, Prätor und judex im römischen Zivilprozess, in in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, Groningen: Wolters 1964.

Kaser 1971 (I)

M. Kaser, *Das Römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das Altrömische, das Vorklassische und Klassische Recht*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1971.

Kaser 1988

M. Kaser, Altrömisches Eigentum und "usucapio" in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Band 105*, Wien: Böhlau 1988.

Kaser/Hackl 1996

M. Kaser, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1996.

Kaser/Wubbe 1971

F.B.J. Wubbe, *Romeins privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971.

Ten Kate 1973

Th. B. Ten Kate, 'Bezit, rechtsinstrument in het nieuwe B.W. (boek 3)' in: *Speculum Langemeijer, 31 Rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973 (p. 261-272.).

Van Katwijk-Knapp 1994

F.H. Van Katwijk-Knapp, *Livius, Zonen van Mars, De geschiedenis van Rome I – X*, Amsterdam: Athenaeum-Polak & Van Genneep 1997.

Kelly 1966

J.M. Kelly, The Growth-Pattern of the Praetor's Edict in *The Irish Jurist* 1966, vol. 1, p. 349-355.

Kelly 1974

J.M. Kelly, A note on 'Threefold Mancipation' in: A. Watson (red.) *Daube noster*, Edinburgh: Scottish Academic Press 1974.

Kist 1914

N.C. Kist, *De verweerder in het eigendomsproces naar Romeinsch recht*, (diss. Leiden), Leiden: A.W. Sijthoff's Uitgevers-Mij 1914.

Klein 1891

F. Klein, *Sachbesitz und Ersitzung*, Berlin: Carl Heymanns 1891.

Klein-Bruckschwaiger 1950

F. Klein-Bruckschwaiger, Jahr und Tag in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung)*, Band 67, (blz. 441-446), Weimar: Böhlau 1950.

Kleyn 1986

D.G. Kleyn, *Die mandament van spolie in die Suid-Afrikaanse reg* (diss. Pretoria), Pretoria: 1986.

Kleyn 1992

D. Kleyn, 'The Concept and the Protection of Possession', in: R. Feenstra & R. Zimmerman (red.), *Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, Band 7: Das römisch-holländische Recht, Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert, Band 7*. Berlin: Duncker & Humblot 1992.

Kleyn 1996

D. Kleyn, 'Possession' in: R. Zimmerman and D. Visser (ed.), *Southern Cross: Civil law and Common law in South Africa*, Oxford: Oxford University Press 1996.

Klomp 1996 (*WPNR*)

R.J.Q. Klomp, 'Een dubbele termijn voor de dief' in: *WPNR* 1996 (6231), p. 519-520, met naschrift Zwolve.

Klomp 2000

R.J.Q. Klomp, 'Dieven met geduld. Over verkrijgende verjaring te kwader trouw' (p. 59- 73) in: *Tijd en onzekerheid, BW-krant jaarboek 16*, Deventer: Gouda Quint.

Köbler 1975

G. Köbler, die Herkunft der Gewere in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. 43 (p. 195-211), Leiden: Universitaire Pers 1975.

De Koninck 1997

C. de Koninck, *Glossarium van Latijnse en Romeinse rechtstermen*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 1997.

Kornhardt 1953

H. Kornhardt, 'Postliminium in Republikanischer Zeit', in G. Lombardi (red.), *Studia et documenta historiae et iuris*, Vol. 19, Rome: Pontificia Universitas Lateranensis 1953.

Korte 1981

A. Korte, *Anwendung und Verbreitung des Rechtssatzes "Hand wahre Hand" im mittelalterlichen deutschen Privatrecht* (diss. Marburg), Würzburg: citydruck 1981.

Korteweg 1950

K.N. Korteweg, Overzicht der Nederlandse rechtspraak in: *WPNR* 4156.

Koschaker 2000

P. Koschaker, *Europa en het Romeinse recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Kreller 1944

H. Kreller, Pfandrechtliche Interdikte und Formula Serviana" in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Band 64*, Weimar: Böhlau 1944.

Kunkel 1954

W. Kunkel, Das römische Recht am Vorabend der Rezeption in: *L'Europa e il diritto Romano, Studi in memoria di Paolo Koschaker (Vol. I)* [p. 3-20]: Milano: Giuffrè 1954.

Kunkel 1965

W. Kunkel, *Geschiedenis van het Romeinse recht*, Utrecht: Aula 1965.

Kunkel 1966

W. Kunkel, Das Konsilium im Hausgericht in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Band 83*, Wien: Böhlau 1966.

Kunkel 1973

W. Kunkel, *An introduction to Roman legal and constitutional history*, Oxford: At the Clarendon Press 1973.

Kunkel 1995

W. Kunkel, *Staatsordnung und Staatspraxis der Römischen Republik, zweiter Abschnitt*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1995.

Kunkel/Schermaier 2005

W. Kunkel & M. Schermaier, *Römische Rechtsgeschichte*, Köln: Böhlau 2005.

Laband 1869

P. Laband, Die vermögensrechtliche Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters, Königsberg: Hübner & Matz 1869.

Land 1901 (II)

N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, Tweede deel*, Haarlem: de erven F. Bohn 1901.

Landsberg 1883

E. Landsberg, *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum, Rechts- und dogmengeschichtliche Untersuchung*, Leipzig, Brockhaus 1883.

Langemeijer 1950

Langemeijer, Meijers en de Rechtsdogmatiek in *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1950.

Lapeyrere 1707

A. Lapeyrere, *Décisions sommaires du Palais*, Bordeaux: De la Court 1707.

De Laurière 1777 (I)

E. de Laurière, *Texte des Coutumes de la Prévôté et Vicomté de Paris*, Tome Premier, Paris: Nyon 1777.

Leigh 2004

M. Leigh, *Comedy and the rise of Rome*, Oxford: Oxford University Press 2004.

Lenel 1927

O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum, ein versuch zu seiner Wiederherstellung*, (Dritte, verbesserte Auflage), Amsterdam: Scientia Verlag 2010.

Levy 1951

E. Levy, *West Roman Vulgar Law: The law of property*, Philadelphia: The American Philosophical Society 1951.

Lévy & Castaldo 2002

J. Lévy & A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Paris: Dalloz 2002.

Van der Linden 1806

J. van der Linden, *Regtsgeleerd Practicaal en Koopmans Handboek*, Amsterdam: Johannes Allart 1806.

Van der Linden en d'Engelbronner 1810

J. van der Linden en J.C. d'Engelbronner, *Wetboek Napoleon vertaald naar de officiële uitgave*, Amsterdam: Johannes Allart 1810.

Lindsay 1913

W.M. Lindsay, *FESTVS, De verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome*, Leipzig: Teubner 1913.

Lipman 1839

S.P. Lipman, *Burgerlijk Wetboek, voorafgegaan door de wet, houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk, vergeleken met het Romeinsche en Fransche regt*, Amsterdam: P. Meijer Warnars en J.C. van Kesteren 1839.

Livius

B.O. Foster, *Livy, with an English translation in fourteen volumes, II, Books III and IV* (Loeb Classical Library), London: Henemann 1967.

Locré 1837 (IX)

Baron Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des codes français, Tome Neuvième*, Bruxelles: Ad. Wahlen et cie 1837.

Lokin 1971

J.H.A. Lokin, 'Traditio; de verschaffing van het bezit' in: R. Feenstra, J.H.A. Lokin & N. van der Wal (red.) in: *Flores legum H.J. Scheltema obliti*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1971.

Lokin 1985

J.H.A. Lokin, De overdracht van onroerend goed in het Romeinse recht in: *De levering van onroerend goed, vijf opstellen over de overdracht van onroerend goed vanaf het Romeinse Recht tot het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1985.

Lokin 1994 (Brunner bundel)

J.H.A. Lokin, Bezitsverschaffing en bezitsoverdracht, in: *CJHB (Brunner-bundel) : opstellen, op 15 april 1994 aangeboden aan prof. mr. C.J.H. Brunner ter gelegenheid van zijn vijfenzestigste verjaardag*, Deventer: Kluwer 1994.

Lokin 1994

J.H.A. Lokin, *Tekst en Uitleg, Opstellen over codificatie en interpretatie naar aanleiding van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Groningen: Chimaira 1994.

Lokin 2003

J.H.A. Lokin, *Prota, Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten*, Groningen: Chimaira 2003.

Lokin 2004

J.H.A. Lokin, 'De receptie van de Code civil in de Noordelijke Nederlanden' in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen XXI (2004)*, p. 1-15, Groningen: Chimaira 2004.

Lokin 2006

J.H.A. Lokin, *Prota, Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten*, Groningen: Chimaira 2006.

Lokin 2012

J.H.A. Lokin, *Prota, Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten*, Groningen: Chimaira 2012.

Lokin en Zwalve 1992

J.H.A. Lokin en W.J. Zwalve *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Groningen: Wolters-Noordhoff/Forsten, 1992.

Lokin en Zwalve 2001

J.H.A. Lokin en W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Deventer: Kluwer, 2001.

Lokin en Jansen en Brandsma 1999

J.H.A. Lokin, C.J.H. Jansen en F. Brandsma, *Het Rooms-Friese recht, De civiele rechtspraak van het Hof van Friesland in de 17^e en 18^e eeuw*, Hilversum: Verloren 1999.

Lommen 1994

T. Lommen, De klassieke noodzaak van ons zakelijk bezitrecht in: *Historisch vooruitzicht, Opstellen over rechtsgeschiedenis en burgerlijk recht (BW-krant, Jaarboek 1994)*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

Loysel 1846

A. Loysel, *Institutes Coutumières, avec les notes d'Eusèbe Laurière, Tome second*, Paris: Durand 1846.

Lubbers 1985

A.G. Lubbers, 'Overdracht van onroerend naar het BW sinds 1838', in: *De levering van onroerend goed, vijf opstellen over de overdracht van onroerend goed vanaf het Romeinse Recht tot het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1985.

Mackay 2004

C.S. Mackay, *Ancient Rome, A military and political history*, Cambridge: Cambridge University Press 2004.

Maine 1871

H.S. Maine, *Village communities in the East and West, six lectures delivered at Oxford*, London: John Murray 1871.

De Maleville 1807 (IV)

J. de Maleville, *Analyse Raisonnée de la discussion du Code civil au conseil d'État*, Tome Quatrième, Paris: Garnery 1807.

Manthe 2003

U. Manthe, *Geschichte des römischen Rechts*, München: C.H. Beck 2003.

De Martino 1985

F. de Martino, *Wirtschaftsgeschichte des alten Rom*, , München: C.H. Beck 1985.

Masmejan 1990

L. Masmejan, *La protection possessoire en droit romano-canonique médiéval (XIIIe-XVe siècles)* (diss. Lausanne), Montpellier: Société d'Histoire du Droit et des Institutions des anciens Pays de Droit Écrit 1990.

Mathieu & Brémond 1987

G. Mathieu & E. Brémond, *Isocrate, Discours, Tome II*, Paris: Les belles lettres 1987.

Mayer-Maly 1960 (I)

Th. Mayer-Maly, Studien zur Frühgeschichte der Usucapio I, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Band 67*, Weimar: Hermann Böhlau Nachfolger 1960.

Mayer-Maly 1961 (II)

Th. Mayer-Maly, Studien zur Frühgeschichte der Usucapio II, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Band 68*, Weimar: Hermann Böhlau Nachfolger 1961.

Dal Mayno 1609

G. dal Mayno, *Dn. Iasonis Mayni Ivris Interpretis Excellentissimi In Titulum Institutionum Ivris, Iustiniani Imperat. De Actionibus, Commentaria seu praelectiones absolutissimae, cum Additionibus eiusdem, & Apostillis Benedicti De Vadis, Forosempronensis, Et D. Antonii Carcassonae Sardi : Quibus Ob Materiae Similitudinem, Et rei utilitatem, adiunctus est Tractatus Ioan. Crispi Montani, Termini Actionum, ab ipso inscriptus ... Item Placentini Icti vetustissimi de varietate actionum Libri Sex. Et Adamantii Dionysii ... Commentarius brevis. Subvinctae Denique Sunt ... Angeli A Gambilionibus Aretini, Icti celeberrimi, praelectiones utilissimae In Tit. Institut. De Exceptionibus. Cum Notis seu Annotationibus Francisci Purpurati, & Ant. Caij. Et Joan. Fabri Comment. In Tit. Institut. De Interdictis*, Francoforti Ad Moenum, Rulandii 1609. [geraadpleegd op 25 oktober 2012 en 19 april 2013 via <http://www.dilibri.de/stbkodfg/content/titleinfo/591158>].

Meijer 1955

J.W. Meijer, Publius Cornelius Tacitus, *Kronieken, ab excessu divi augusti annales*, Haarlem: Tjeenk Willink & Zoon 1955.

Meijers 1908 (WPNR)

E.M. Meijers, ‘Eigendomsoverdracht van roerende lichamelijke zaken’, in: *WPNR* # 1997, # 1998 en # 1999. Tevens opgenomen in: *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen, Tweede deel*, (p. 27 t/m 42), Leiden: Universitaire Pers Leiden 1955.

Meijers 1912 (WPNR)

E.M. Meijers, ‘Overdracht van rechtsvorderingen’ in : *WPNR* # 2962.

Meijers 1912 (WPNR)

E.M. Meijers, ‘Zakelijke rechtsvorderingen en rechtsvorderingen uit onrechtmatige daad’, in: *WPNR* # 2240, # 2241, # 2242 en # 2243. Tevens opgenomen in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen, Tweede deel*, (p. 55-79), Leiden: Universitaire Pers Leiden 1955.

Meijers 1927 (WPNR)

E.M. Meijers, De rechtspraak van den Hoogen Raad omtrent “Bezit geldt als volkomen titel” in: *WPNR* # 3026-3027; tevens gepubliceerd in *VPO* (II).

Meijers 1927

E.M. Meijers, *De beteekenis der burgerlijke wet in de huidige samenleving* (rede uitgesproken op den stichtingsdag der Leidsche universiteit op 8 februari 1927 door den rector magnificus E.M. Meyers), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & zoon 1927.

Meijers 1928 (WPNR)

E.M. Meijers, Het feillooze deel van ons Burgerlijk Wetboek, in: *WPNR* 3031. Tevens opgenomen in de *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen* (VPO) deel 1, p. 93 e.v.

Meijers 1932

E.M. Meijers, *Uitleg en toepassing in Nederland van aan de Code civil ontleende wetsvoorschriften*, Mededeelingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen, Afdeling Letterkunde Deel 74, Serie B, N^o. 5, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers-Maatschappij 1932.

Meijers 1933

E.M. Meijers, ‘Historische bijzonderheden omtrent de bezitsacties’ in: *Juri Sacrum 1882-1932, Rechtsgeleerde opstellen*, Leiden-Amsterdam: Stenfert Kroese 1933. Tevens opgenomen in: *Etudes d'histoire du droit, tome II, Histoire du droit des Pays-Bas, de la Belgique et de l'Allemagne* (Leidse juridische reeks van de Rijksuniversiteit Leiden, deel 6) Leyde: Universitaire Pers 1973, p. 226 e.v.

Meijers 1935

E.M. Meijers (ed.), *De ontwerpen der commissie van redactie der nationale wetgeving : het tweede boek van het burgerlijk wetboek / bewerkt door een aantal leden van het dispuut "Nomos" te Leiden ; met een voorwoord van E.M. Meijers*, 's-Gravenhage: Broederschap van candidaat-notarissen in Nederland en zijne koloniën 1935.

Meijers 1938

E.M. Meijers, Wijzigingen en aanvullingen van het Burgerlijk Wetboek na 1838 in: *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938.

Meijers 1946

E.M. Meijers, La réalité et la personnalité dans le droit du nord de la France et dans le droit anglais in: *Symbolae ad Jus et Historiam Antiquitatis Pertinentes Julio Christiano Van Oven Dedicatae* (p. 379-400), Leiden: E.J. Brill 1946.

Meijers 1948

E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire pers Leiden: 1948.

Meijers 1948 (WPNR)

E.M.M. Meijers, de herziening van ons burgerlijk wetboek, in *WPNR* 4041 (1948); *VPO* (I), p. 146 e.v.

Meijers 1951 (WPNR)

E.M. Meijers, Het arrest van de Hoge Raad van 5 mei 1950 betreffende de eigendom van roerend goed, in: *WPNR* # 4187.

Meijers 1952

E.M. Meijers, De plaats van levering van naar de soort bepaalde zaken in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1952. Tevens opgenomen in: *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen, Derde deel*, (p. 330 t/m 343), Leiden: Universitaire Pers Leiden 1955.

Meijers 1954/1955

E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, Tekst, eerste gedeelte (boek 1-4)*, (Tweede Gedeelte) (Boek 5), Den Haag: Staatsdrukkerij en Uitgeversbedrijf 1954.

Meijers 1954

E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, Toelichting eerste gedeelte (boek 1-4)*, Den Haag: Staatsdrukkerij en Uitgeversbedrijf 1954.

Meijers 1966

E.M. Meijers, *Etudes d'histoire du droit, Tome IV, Le droit Romain au Moyen Âge*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1966.

Merlin 1827 (VIII)

P.A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* 1828, Tome VIII, Paris: Garnery Libraire 1827.

Middelberg 1953

A.W.F. Middelberg, *Bescherming van het houderschap* (diss. Pretoria, niet in handel), Pretoria 1953.

Middelberg 1956

A.W.F. Middelberg, Houderschap en bezit in het ontwerp Kempers, in: *Tijdschrift voor rechts-geschiedenis*.

Middelberg 1956 (WPNR)

A.W.F. Middelberg, Bezit en bezitsbescherming in de Nederlandse wetboeken en ontwerp-wetboeken, in: *WPNR* # 4433, # 4434- # 4435.

Van Mieris 1753 (I)

Frans van Mieris, *Groot Charterboek der Graaven van Holland van Zeeland en Heeren van Vriesland, Eerste Deel*, Leiden: Pieter van der Eyk 1753.

Mijnssen 1983 (WPNR)

F.H.J. Mijnssen, 'De levering van een roerende zaak' in: *WPNR* 5654.

Modderman 1913 (I)

Modderman 1912 (II)

W. Modderman, *Handboek voor het Romeinse recht (tweede deel)*, vervolgd door Mr. H.L. Drucker en Mr. P.A. Tichelaar, door Mr. P.A. Tichelaar, Groningen: J.B. Wolters 1912.

Modderman 1913 (I)

W. Modderman, *Handboek voor het Romeinse recht (eerste deel)*, vervolgd door Mr. H.L. Drucker en Mr. P.A. Tichelaar, door Mr. P.A. Tichelaar, Groningen: J.B. Wolters 1913.

- Mommsen 1864
Th. Mommsen, *Römische Forschungen, Band I*, Berlin: Weidmannsche Buchhandlung 1864.
- Mommsen 1879
Th. Mommsen, *Römische Forschungen, Band II*, Berlin: Weidmannsche Buchhandlung 1879.
- Mommsen 1887 (I)
Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht, Band I*, Leipzig 1887.
- Mommsen 1887 (II-1)
Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht, Band II (Halbband 1)*, Leipzig 1887.
- Mommsen 1887 (III-1)
Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht, Band III (Halbband 1)*, Leipzig 1887.
- Mommsen 1887 (III-2)
Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht, Band III (Halbband 2)*, Leipzig 1887.
- Mommsen 1903 (I)
Th. Mommsen, *Römische Geschichte, Band I*, Berlin: Weidmannsche Buchhandlung 1903.
- Mommsen 1907 (III)
Th. Mommsen, *Gesammelte Schriften, Band III*, Berlin: Weidmannsche Buchhandlung 1907.
- Mommsen 1955
Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1955.
- Monballyu 1997
J. Monballyu, De invoering van bezitsvorderingen in het Vlaamse recht in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Volume 65, nummer 3*, Leiden: Brill 1997.
- Monballyu 1994
J. Monballyu, De gerechtelijke bevoegdheid van de Raad van Vlaanderen in vergelijking met andere 'Wetten' (1515-621) in: *Hoven en Banken in Noord en Zuid, Brabantse Rechtshistorische Reeks deel. 7*, Assen: Van Gorcum 1994.
- De Monté VerLoren/Spruit 1972
J. Ph. De Monté Verloren/J.E. Spruit, *Hoofddlijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse omwenteling*, Deventer: Kluwer 1972.
- Morrow 1993
G.R. Morrow, *Plato's Cretan city, a Historical Interpretation of the Laws*, Princeton: Princeton University Press 1993.
- De Motays 1725
N. de Motays, *Coûtume de Bretagne, et usances particulieres de quelques villes et territoires de la mesme province. Avec des observations très-sçavantes, quantité de décisions & d'arrêts, par lesquels on voit tous les changemens qui se sont faits au Palais depuis la réformation de ladite Coûtume. Augmentée de deux tables, l'une des préférences & l'autre des prescription*, Nantes: Nicolas Verger 1725.
- Müller 1839
K.O. Müller, *Sexti Pompei Festi, de verborum significatione quae supersunt, cum Pauli epitome*, Leipzig: Weidmann 1839.

Müller 2010

T. Müller, *Besitzschutz in Europa, Eine rechtsvergleichende Untersuchung über den zivilrechtlichen Schutz der tatsächlichen Sachherrschaft* (diss. Breisgau), Tübingen: Mohr Siebeck.

Nève 1985

P.L. Nève, De overdracht van onroerend goed in de Middeleeuwen in: *De levering van onroerend goed, vijf opstellen over de overdracht van onroerend goed vanaf het Romeinse Recht tot het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1985.

Neleman 1994

P. Neleman, Thieves' paradise revisited in: *CJHB (Brunner-Bundel)*, Deventer: Kluwer 1994.

Neste 1990 (V)

F. van Neste, *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht (V) Zakenrecht, Boek I, Goederen, bezit en eigendom*, Brussel: E. Story-Scientia 1990.

Niebuhr 1812

B.G. Niebuhr, *Römische Geschichte, Teil II*, Berlin: Realschulbuchhandlung 1812.

Niebuhr 1830

B.G. Niebuhr, *Römische Geschichte, Teil II*, Berlin: Reimer 1830.

Niebuhr 1852

B.G. Niebuhr, *Lectures on the History of Rome*, Volume I, London: Taylor, Walton and Maberly 1852.

Niebuhr 1859

B.G. Niebuhr, *Lectures on the History of Rome*, Volume II, London: Taylor, Walton and Maberly 1859.

Nieuwenhuis 1980

J.H. Nieuwenhuis, *uit de ban van hier en nu*, Deventer: Kluwer 1980

Nieuwenhuis & Stolker & Valk 2002

J.H. Nieuwenhuis & C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, *Vermogensrecht, Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2002.

Noordziek 1871

J.J.F. Noordziek, Geschiedkundige mededeeling, omtrent den Titel van het bezit in het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek in: *Themis, Rechtskundig Tijdschrift* (p. 121-163), 's-Gravenhage: Gebroeders Belinfante 1871.

Noordziek 1873 (I)

J.J.F. Noordziek, *Geschiedenis der Beraadslagingen gevoerd in de Tweede Kamer der Staten-Generaal over het ontwerp van Burgerlijk Wetboek, Zittingjaar 1822-1823, Deel I. Verslag der Handelingen*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1873.

Noordziek 1873 (II)

J.J.F. Noordziek, *Geschiedenis der Beraadslagingen gevoerd in de Tweede Kamer der Staten-Generaal over het ontwerp van Burgerlijk Wetboek, Zittingjaar 1822-1823, Deel II. Bijlagen*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1873.

Noordziek 1875 (I)

J.J.F. Noordziek, *Geschiedenis der Beraadslagingen gevoerd in de Tweede Kamer der Staten-Generaal over het ontwerp van Burgerlijk Wetboek, Zittingjaar 1823-1824, Deel I. Verslag der Handelingen*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1873.

Noordziek 1875 (II)

J.J.F. Noordziek, *Geschiedenis der Beraadslagingen gevoerd in de Tweede Kamer der Staten-Generaal over het ontwerp van Burgerlijk Wetboek, Zittingjaar 1823-1824, Deel II. Bijlagen*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1875.

Nörr 1989

D. Nörr, *Aspekte des römischen Völkerrechts, Die Bronzetafel von Alcántara*, München: Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften 1989.

Oakley 1997

S.P. Oakley, *A commentary on Livy, books VI-X, Volume I, Introduction and Book VI*, Oxford: Clarendon Press 1997.

Ogris 1964

W. Ogris, Gewere in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 1. Lieferung (Aachen – Aufzeichnung des Rechts)*: Berlin: Erich Schmidt Verlag 1964.

Ogris 1964

W. Ogris, Hand wahre Hand in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 1. Lieferung (Aachen – Aufzeichnung des Rechts)*: Berlin: Erich Schmidt Verlag 1964.

Ogris 2009

W. Ogris, Gewere in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 10. Lieferung (Germanen – Gottespfennig, Gottesheller)*: Berlin: Erich Schmidt Verlag 2009.

Ogris 2010

W. Ogris, Hand wahre Hand in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 11. Lieferung (Gottesurteil - Handveste)*: Berlin: Erich Schmidt Verlag 2010

Oltmans 1958

A.C. Oltmans, *De Instituten van Gaius*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1958.

Oly 1982

G.G. Oly, *Algemene beschouwingen over de Eenvormige wet op de internationale koop van goederen in historisch perspectief*, Deventer: Kluwer 1982.

Ontwerp 1820

Ontwerp van het Burgerlijk Wetboek voor het Koninkrijk der Nederlanden, aan de Staten-Generaal aangeboden den 22sten November 1820, Tweede Uitgave, benevens de ophelderende memorie, Leiden: J.W. van Leeuwen 1864.

Ontwerp 1899 (II – Ontwerp)

Ontwerp tot herziening van het Burgerlijk Wetboek, der Koningin aangeboden door de Staatscommissie tot voortzetting der herziening ingesteld bij Besluit van wijlen Zijne Majesteit Koning Willem III van 22 Augustus 1887, no. 24, Tweede Boek, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1899.

Ontwerp 1899 (II - Toelichting)

Ontwerp tot herziening van het Burgerlijk Wetboek, der Koningin aangeboden door de Staatscommissie tot voortzetting der herziening ingesteld bij Besluit van wijlen Zijne Majesteit Koning Willem III van 22 Augustus 1887, no. 24, Tweede Boek, Toelichting, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1899.

Opzoomer 1845

C.W. Opzoomer, Onderzoek, of tot het instellen der regtsvordering van art. 619 B.W. burgerlijk bezit wordt vereischt? in: *Themis, Regtskundig Tijdschrift*, 's-Gravenhage: J. Belinfante 1845.

Opzoomer (III) 1876

C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard door Mr C.W. Opzoomer*, Derde deel, art. 555-783, Amsterdam: J.H. Gebhard & Comp. 1876.

Opzoomer/Levy (XVI) 1911

C.W. Opzoomer/J.A. Levy, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard door Mr C.W. Opzoomer, Verklaring voortgezet door Mr. J.A. Levy*, Zestiende deel, Artt. 1983-2030, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1911.

Opzoomer/Goudekot (III) 1911

C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard door Mr C.W. Opzoomer*, Derde deel, art. 555-624, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1911.

Van Oven 1905

J.C. van Oven, *De bezitsbescherming en hare functies* (diss. Amsterdam), Amsterdam: de Bussy 1905.

Van Oven 1908

J.C. van Oven, Artikel 204 B.W. en de bezitsbescherming van roerend goed in: *WPNR* 2016-2019.

Van Oven 1924

J.C. van Oven, *Praeadvies over Causa en Levering, Welk verband bestaat naar ons recht tusschen de eigendomsverrijking door levering en de onderliggende rechtsverhouding? Is het wenschelijk te dien aanzien wijziging in ons recht aan te brengen?*, 's-Gravenhage: ANTE voorh. A.D. Schinkel 1924.

Van Oven 1948

J.C. van Oven, *De bekoring der rechtsgeschiedenis*, (Ius gentium – het proces-Verginia), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1948.

Van Oven 1948

J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, Leiden: Brill 1948.

Van Oven 1950 (Themis)

J.C. van Oven, “Meijers voor het Professoraat” in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1950.

Van Oven 1951 (NJB)

J.C. van Oven, Eigendom van roerende zaken in: *Nederlands Juristenblad*, (17 Maart 1951, n^o. 11), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951.

Van Oven 1951 (Opmerkingen en Mededelingen)

J.C. van Oven, B.W. 2014 en de Eigendom van Roerende Zaken in: *Nederlands Juristenblad*, W.E.J. Tjeenk Willink 1951.

Van Oven 1952

J.C. van Oven, De internationale koop van roerende zaken in: *Nederlands Juristenblad* (no. 34 & 35), 1952 Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1952.

Van Oven 1955

J.C. van Oven, A.W.F. Middelburg [lees: Middelberg, *HHR*], Bescherming van het houderschap. Proefschr. Pretoria, 1953, niet in de handel, (196 bldz. en 44 bldz. bijlagen; gestencild). in *Nederlands Juristenblad*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1955.

Van Oven 1956 (comptes rendus)

J.C. van Oven, A.W.F. Middelberg, Bescherming van het houderschap, Proefschrift Pretoria, 1953 in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Deel XXIV*, Groningen : J.B. Wolters' Uitgeversmaatschappij 1956.

Van Oven 1956 (WPNR)

J.C. van Oven, "Rechtsgeding om roerende zaken", *WPNR* # 4438 - # 4440, 1956.

Van Oven 1958

J.C. van Oven, Bezitsbescherming in het Ontwerp Burgerlijk Wetboek, *WPNR* # 4538 - # 4539, 1958.

Overbeek 2005

A.B. Overbeek, *Realistische geschiedschrijving, Theodor Mommsen Römische Geschichte*, (diss. Groningen, onuitgegeven), 2005.

de Pansey 1822

H. de Pansey, *De la compétence des juges de paix*, Paris: Théophile Barrois Père, 1822.

Papon 1559

I. Papon, *Recueil d'Arrestz notables des courts souveraines de France*, Lyon: Iehan de Tournes 1559.

Papon 1606

I. Papon, *Recueil d'Arrestz notables des courts souveraines de France*, Lyon: Iehan de Tournes 1606.

Esquirou de Parieu 1850

M.L.P.F. Esquirou de Parieu, *Études historiques et critiques sur les Actions Possessoires*, Paris: Joubert 1850 (Extrait de la *Revue de Droit français et étranger*, tomes VI et VII, Paris: Foelix, Duvergier, Vlette, Laverrière).

Parlementaire Geschiedenis 1962 (Algemeen deel)

C.J. Van Zeben, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 1962.

Parlementaire Geschiedenis 1981 (Boek 3)

C.J. van Zeben en J.W. Du Pon, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

Parlementaire Geschiedenis 1991 (Boek 7)

C.J. van Zeben, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 7, Bijzondere overeenkomsten, Titels 1, 7, 9 en 14 door prof. mr. W.H.M. Reehuis en mr. E.E. Slob*, Deventer: Kluwer 1991.

Patault 1989

A.M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Paris: Presses Universitaires de France 1989.

Pernice 1873

A. Pernice, *Marcus Antistius Labeo, Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, Halle: Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses 1873.

Peter 2007

J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken*, (diss. Leiden) Deventer: Kluwer 2007.

Petersmann 1973

H. Petersmann, *T. Maccius Plautus STICHUS, Einleitung, Text, Kommentar*, Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag 1973.

De Pinto 1849 (II)

A. de Pinto, *Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek, Tweede Gedeelte, Aanteekeningen*, 's-Gravenhage: Gebroeders Belinfante 1849.

Pitlo/Brahn 1980

O.K. Brahn e.a., *Pitlo, Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, Deel 2*, Het Zakenrecht, Arnhem: Gouda Quint 1980.

Pitlo/Reehuis e.a. 1994

W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*. Arnhem: Gouda Quint 1994.

Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2001

W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*. Arnhem: Gouda Quint 2001.

Planitz 1931

H. Planitz, *Grundzüge des Deutschen Privatrechts*, mit einem Quellenbuch. Berlin: Julius Springer 1931.

Planitz/Eckhardt 1961

K. Eckhardt, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Graz-Köln: Verlag Hermann Böhlau nachtf. 1961.

Plautus (1928)

Plautus, *Rudens*, Text und commentar von Friedrich Marx, Des XXXVIII. Bandes der Abhandlungen der Philologisch-Historischen klasse der Sächsischen Akademie der Wissenschaften. Nr. V, Leipzig: Bei S. Hirzel: 1928.

Plautus (1992)

Plautus, *Komedies, Vertaald en van aantekeningen voorzien door J. Hemelrijk sr., Ingeleid door J.M. Hemelrijk jr.*, Baarn: Ambo 1992.

Pleysier 1995

A.J.J. Pleysier, 'Onder welke titel heeft de koper het huis vóór het transport onder zich?' (Hof Den Haag 29 juni 1995, gepubliceerd in Notafax 1995, nr. 216), *Nieuwsbrief Bedrijfsjuridische Berichten*, 1995, nr. 24 (p. 201-202).

Pluymaekers 2012

Q.F. Pluymaekers, *Bezit, op het snijvlak van materieel recht en procesrecht* (Rechtshistorische reeks van het Gerard Noodt Instituut nr. 54), Nijmegen: Gerard Noodt Instituut 2012.

Pool 1995

E.H. Pool, *Een kwestie van titels, Causa van bezit, verjaring en eigendom naar klassiek Romeins recht*, (diss. Amsterdam), 1995.

Pool 2006

E.H. Pool, *Bezit en verkrijgende verjaring in het Romeinse recht met bijzondere aandacht voor het titelvereiste in: Ars Aequi* 55 2006 (p. 711-718).

Pothier 1772

R.J. Pothier, *Traité de la Possession et de la Prescription*, Paris: Debure 1772.

Pothier/Hutteau 1807

R.J. Pothier/M. Hutteau, *Traité de la Possession; Traité de la Prescription qui résulte de la Possession*, Paris: Letelier 1807.

Pothier 1821

R.J. Pothier, *Oeuvres de Pothier, Traité de la procédure civile et criminelle, Tome Quatorzième*, Paris: Chez Chanson 1821.

Potjewijd 1998

G.H. Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie, een romanistische studie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998.

Pugsley 1970

D. Pugsley, The misinterpretation of the lex Atinia in: *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* (RIDA), serie 3, volume 17, (p. 259-272), Bruxelles: Office Internationale de Librairie 1970.

Pugsley 1972

D. Pugsley, *The Roman Law of Property and Obligations, An historical introduction to some of the main institutions*, Capetown: Juta & Company Ltd 1972.

Puntschart 1911

P. Puntschart, Zur ursprünglichen Bedeutung von "Jahr und Tag", in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung)*, Band 32 (=45), (blz. 328 e.v.), Weimar: Böhlau 1911.

Ten Raa 1970

C.M.G. ten Raa, *De oorsprong van de kantonrechter* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1970.

Ten Raa 1986

C.M.G. ten Raa, *Conciliatie en Justitie (Inaugurale rede: Mededelingen Juridisch Instituut van de Erasmus Universiteit nr. 34)*, Erasmus Universiteit 1986.

Randa 1895

A. Randa, *Der Besitz nach Österreichischem Rechte, mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes des preußischen, französischen und Italienischen, des sächlichen und zürcherischen Gesetzbuches*, Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1895.

Randers-Pehrson 1983

J.D. Randers-Pehrson, *Barbarians and Romans, The birth Struggle of Europe, A.D. 400-700*, Norman: University of Oklahoma Press 1983.

Rank-Berenschot 2001

E.B. Rank-Berenschot, *Bezit*, Deventer: Kluwer 2001.

Rank-Berenschot 2012

E.B. Rank-Berenschot, *Bezit*, Deventer: Kluwer 2012.

Reehuis 2004

W.H.M. Reehuis, *Levering* (Mon. Nieuw BW B6b), Deventer: Kluwer 2004.

Renaud 1845 (I)

M. Renaud, L'article 2279 du Code Napoléon interprété par ses origines germaniques in: *Revue de Législation et de Jurisprudence, 11^{me} Année – Nouvelle Série, Année 1845 – Tome premier (Janvier-avril 1845)*, Paris: Videcq 1845.

Van Rhee 1997

C.H. van Rhee, *Litigation and legislation, Civil Procedure at First Instance in the Great Council for the Netherlands in Malines (1522-1559)*, (diss. Leiden), Brussel: Archives Générales du Royaume et Archives de l'État dans les Provinces 1997.

Van Rhee 2003

C.H. van Rhee, 'De obligatione principis protegendis subditos ...'. Some remarks on "recursus ad principem", in: G. Cooman et al. (eds), *Zeger-Bernard van Espen at the Crossroads of Canon Law, History, Theology and Church-State Relations* (Bibliotheca Ephemeridum Theologicarum Lovanien-sium 170), Leuven, 2003, p. 147-158.

Richardson 2000

J.S. Richardson, *Appian, Wars of the Romans in Iberia, With an Introduction, Translation and Commentary by J.S. Richardson*, Warminster: Aris and Philips: 2000.

Romano 1992

A. Romano, Capitis deminutio minima. An unresolved problem in: *Cuadernos de Filología Clásica. Estudios Latinos* No. 3, 1992 (p. 49-70), Madrid: Editorial Comptense 1992.

Van Rompaey 1973

J. van Rompaey, *De Grote Raad van de hertogen van Bourgondië en het Parlement van Mechelen* (Verhandelingen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België, Klasse der Letteren, Jaargang XXXV -1973 – nr. 73), Brussel: Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten, 1973.

Van Rooijen-Dijkman & Leeman 2003

H.W.A. van Rooijen-Dijkman & A.D. Leeman, *De ideale redenaar*, Amsterdam: Athenaeum- Polak en Van Gennep 2003.

Roselaar 2010

S.T. Roselaar, *Roman land in the Roman republic, A Social and Economic History of Ager Publicus in Italy, 396-89 BC* (Oxford Studies in Roman Society and Law), Oxford: Oxford University Press 2010.

Van Rossem/Cleveringa 1972 (I)

R.P. Cleveringa, *Mr. W. van Rossem's verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechts-vordering, Deel I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willini.

De Rozière 1859 (I)

E. de Rozière, *Recueil Général des formules usitées dans l'Empire des Francs, Première Partie*, Paris: Durand 1859.

Saleilles 1893-1894

R. Saleilles, Étude sur les éléments constitutifs de la possession in: *Revue Bourguignonne de l'Enseignement Supérieur*, Dijon: Librairie Lamarche 1893 -1894.

1893: 1° L'Élément matériel ou **Corpus**, deel I p. 9-161; deel II p. 697-755;

1894: 2° L'Élément intentionnel ou **Animus**, deel III p. 201-218; deel IV p. 311-406.

Salomons 1990

A.F. Salomons, *De interpretatiegeschiedenis van artikel 2014 BW (1838-1945)*, Deventer: F.E.D. 1990.

Salomons 1997

A.F. Salomons, 2014 tot 1950, *De geschiedenis tot 1950 van de vertrouwensbescherming bij overdracht van roerende zaken door een beschikkingsonbevoegde*, (diss. Amsterdam) Deventer: Kluwer 1997.

Salomons 2005

A.F. Salomons, 'Dief wordt doorgaans wel bezitter' in: *WPNR* 2005 (6639), p. 803-806 (met naschrift Van Schaick).

Salomons 2010

A.F. Salomons, De ‘merkelijke modificatiën’ van het WNH. Waarom moest het Wetboek Napoleon worden ‘ingerigt voor het Koninkrijk Holland’? in: *gedenkbundel Tweehonderd jaren codificatie van het privaatrecht in Nederland : opstellen over (de geschiedenis van) het privaatrecht naar aanleiding van het tweede eeuwfeest van het Wetboek Napoléon ingerigt voor het Koninkrijk Holland*, onder red. van J.H.A. Lokin, J.M. Milo, C.H. van Rhee, Groningen: Chimaira 2010.

Sautel 1952

G. Sautel, Essai sur la notion romaine de “Commercium” à l’époque ancienne in: *Varia, Etudes de droit romain 1952, (Publications de l’institut de droit romain de l’université de Paris IX)*, Paris: Recueil Sirey 1952.

Savagner 1846

M.A. Savagner, *Sextus Pompeius Festus, De la signification des mots*, Paris: Panckoucke 1846.

Savigny 1865

F.K. Von Savigny, *Das Recht des Besitzes*, Aalen: Scientia Verlag 1990 (Neudruck der Ausgabe Wien 1865).

Van Schaick 2003

A.C. Van Schaick, *Monografieën Nieuw BW. A14. Rechtsgevolgen en functies van bezit en houderschap*. Deventer: Kluwer 2003.

Van Schaick 2005

A.C. Van Schaick, ‘Dief wordt vaak geen eigenaar’ in: *WPNR* 2005 (6617), p. 289-290.

Scheepsma 2005

W.F. Scheepsma, *De Limburgse sermoenen (ca. 1300). De oudste preken in het Nederlands*. Amsterdam: Bert 2005.

Scheltema 1964

M. Scheltema, ‘Het constitutum possessorium door een houder in het geldende recht’ in: *Ars Aequi* XIV (1964).

Schiller 1978

A.A. Schiller, *Roman Law, Mechanisms of Development*, The Hague: Mouton Publishers 1978.

Schmidlin 1963

B. Schmidlin, *Das Rekuperatorenverfahren, eine Studie zum römischen Prozess*, Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz 1963.

Schmidt 1853

K.A. Schmidt, *Das Interdiktenverfahren der Römer: In geschichtlicher Entwicklung*, Leipzig: Breitkopf und Härtel 1853.

Schoordijk 1991

H.C.F. Schoordijk, Enige opmerkingen over de bescherming van bezitters en houders in de zienswijze van Van Oven, naar het Oud-Nederlands recht van voor en na Hugo de Groot, naar Engels recht en naar nieuw BW in: *Verspreid werk van prof. Mr. H.C.F. Schoordijk*, Deventer: Kluwer 1991. (Oorspronkelijk verschenen als: Enige opmerkingen over de bescherming van bezitters en houders in de zienswijze van Van Oven, naar het Oud-Nederlands recht van voor en na Hugo de Groot, naar Engels recht en naar nieuw BW in: *Na Oorlog en Vrede, Twaalf Opstellen bij het dertiende lustrum van Societas Iuridica Grotius en de vierhonderdste geboortedag van Grotius*, Arnhem: Gouda Quint 1984 (p. 79-95).

Schott/Schmidt-Wiegand/Schott 1984

C. Schott/R. Schmidt-Wiegand, *Der Sachsenspiegel / Eike von Repgow* (Übertragung des Landrechts Ruth Schmidt-Wiegand, Übertragung des Lehenrechts und Nachwort von Clausdieter Schott), Zürich: Manesse Verlag 1984.

Schuurmans 1971

H. Schuurmans, *Cicero, Pro Murena* (Klassieke galerij nr. 163). Antwerpen: Uitgeverij de Nederlandse Boekhandel 1971.

Schut 1972

G.H.A. Schut, Het nieuwe 2014 in: *WPNR* # 5176.

Schut 1976

G.H.A. Schut, *Bezit geldt als volkomen titel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1976.

Schut-Rodenburg 1986.

G.H.A. Schut & P. Rodenburg, *Bescherming van de verkrijger van roerende zaken volgens BW en NBW* (Studiepockets privaatrecht nr. 1), Zwolle: Tjeenk Willink 1986.

Schrage 1987

E.J.H. Schrage, *Utrumque Ius, een inleiding tot de studie van de bronnen van het middeleeuwse geleerde recht*, Amsterdam: VU uitgeverij 1987.

Schröder 1907

R. Schröder, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, Leipzig: Vib Veut & Comp. 1907.

Schröder/von Künßberg 1922

R. Schröder & E. von Künßberg, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin-Leipzig: Walter de Gruyter & Co. 1922.

Schröder/von Künßberg 1932

R. Schröder & E. von Künßberg, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin-Leipzig: Walter de Gruyter & Co. 1932.

Von Schwerin/Thieme 1950

H. Thieme, *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin-München: Duncker & Humblot 1950.

Von Schwerin 1962

Cl. Frhr. von Schwerin, *Sachsenspiegel (Landrecht)*, Stuttgart, Philipp Reclam jun. 1962.

Seckel 1905

Emil Seckel sub "Pseudoisidor" in de *Realencyklopädie für protestantische Theologie und Kirche*, Band 16, 1905, p. 265-307.

Sesam 1992

Sesam Atlas bij de de Wereldgeschiedenis, Deel 1, Van prehistorie tot Franse revolutie, Apeldoorn: Van Walraven.

Sherwin-White 1973

A.N. Sherwin-White, *The Roman Citizenship*, Oxford: At the Clarendon Press 1973.

Smits 1867

J.J. Smits, De Sachsenspiegel, in verband met den vroegeren rechtstoestand van ons vaderland, in: *Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid en wetgeving XVII* (p. 571-597), Amsterdam: Johannes Müller 1867.

Smits 1869

J.J. Smits, Nederland en de beoefening der Germaansche rechtsgeschiedenis, in: *Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid en wetgeving XIX* (p. 105-129), Amsterdam: Johannes Müller 1869.

Smits 1872

J.J. Smits, De Spiegel van Sassen of zoogenaamde Hollandsche Sachsenspiegel. Volgens het eenigst bekende handschrift, in: *Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid en wetgeving XXII* (p. 1-137), Amsterdam: Johannes Müller 1872.

Smits 1996

J.M. Smits, Van partijen en derden; over interpretaties van de numerus clausus van zakelijke rechten, in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen, Magazijn voor Leerstellige Rechtsvergelijking op Historische Grondslag XIII*: Groningen: Chimaira 1996.

Snijders 2001

H.J. Snijders, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2001.

Snijders en Rank-Berenschot 2007

H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Sohm/Mitteis 1949

L. Mitteis, *Institutionen, Geschichte und System des Römischen Privatrechts*. Berlin: Duncker & Humblot 1949.

Sohm 1879

R. Sohm, Zur Geschichte der Auflassung in: *Festgabe zum Doctor-Jubiläum des Herrn Prof. Heinrich Thöl*, Strassburg: Karl J. Trübner 1879.

Sohm 1880

R. Sohm, Fränkisches Recht und römisches Recht: Prolegomena zur deutschen Rechtsgeschichte in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung)*, Band 1 (=14), (blz. 1-84), Weimar: Böhlau 1880.

Spruit 1977

J.E. Spruit, *Enchiridium, Overzicht van de geschiedenis van het Romeins privaatrecht*. Deventer: Kluwer 1977.

Spruit & Bongenaar 1986

J.E. Spruit & K.E.M. Bongenaar, *Ulpianus, Papinianus en kleinere fragmenten*, verzameling van prae-justiniaanse juridische geschriften met vertaling in het Nederlands, (het erfdeel van de klassieke juristen deel 3), Zutphen: Walburg Pers 1986.

Spruit & Bongenaar 1987

J.E. Spruit & K.E.M. Bongenaar, *fragmenta vaticana collatio cunsultatio scholia sinaïtica probus*, verzameling van prae-justiniaanse juridische geschriften met vertaling in het Nederlands, (het erfdeel van de klassieke juristen deel 4), Zutphen: Walburg Pers 1987.

Spruit & Bongenaar 1994

J.E. Spruit & K. Bongenaar, *De Instituten van Gaius*, Zutphen: Walburg Pers 1994.

Spruit, Feenstra & Bongenaar 1993

J.E. Spruit, F. Feenstra & K.E.M. Bongenaar (red.), *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling, I, Instituten*, 's-Gravenhage: Sdu 1993.

Spruit, Feenstra & Bongenaar 1994

J.E. Spruit, F. Feenstra & K.E.M. Bongenaar (red.), *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling, II, Digesten 1-10*, 's-Gravenhage: Sdu 1994.

Spruit, Feenstra & Bongenaar 1996

J.E. Spruit, F. Feenstra & K.E.M. Bongenaar (red.), *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling, III, Digesten 11-24*, 's-Gravenhage: Sdu 1994.

Spruit, Feenstra & Wubbe 1997

J.E. Spruit, F. Feenstra & F.B.J. Wubbe (red.), *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling, IV, Digesten 25-34*, 's-Gravenhage: Sdu 1997.

Spruit, Feenstra & Wubbe 2000

J.E. Spruit, F. Feenstra & F.B.J. Wubbe (red.), *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling, V, Digesten 35-42*, 's-Gravenhage: Sdu 2000.

Spruit, Feenstra & Wubbe 2001

J.E. Spruit, F. Feenstra & F.B.J. Wubbe (red.), *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling VI, Digesten 43-50*, 's-Gravenhage: Sdu 2001.

Stalley 1983

R.F. Stalley, *An introduction to Plato's Laws*, Bath: Pitman Press 1983.

Stein 2003

P. Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge: Cambridge University Press 2003.

Van der Steur 2003

J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten, een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten*, Deventer: Kluwer 2003.

Strayer 1974

J.R. Strayer, *Western Europe in the Middle Ages*, Englewood Cliffs: Prentice-Hall Inc. 1974.

Strikwerda 2005

L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Strubbe 1955

Eg. I. Strubbe, E.M. Meijers en de rechtsgeschiedenis, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Deel XXII, aflevering IV*, Groningen: Wolters' Uitgeversmaatschappij 1955.

Stutz 1922

U. Stutz, Andreas Heusler in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung)*, Band 43, (blz. LXIV-CXIV), Weimar: Böhlau Nachfolger 1922.

Suyling 1940 (V)

Ph. Suyling, *Inleiding tot het burgerlijk recht, 5^e stuk, Zakenrecht*, Haarlem: De erven Bohn n.v. 1940.

Van Swaay 2000

J.H.M. van Swaay, *Beschikken en rechtsovergang, de temporele dimensie van de overdracht: levering van toekomstige goederen, levering onder eigendomsvoorbehoud en levering onder voorbehoud van eigendomsherkrijging* (diss. Groningen), Groningen: 2000.

Tellegen-Couperus 1990

O.E. Tellegen-Couperus, *Korte geschiedenis van het Romeinse recht*, Deventer: Kluwer 1990.

Terré & Simler 2006

F. Terré & Ph. Simler, *Droit civil, Les biens*, Paris: Dalloz 2006.

Theoph. 2010

J.H.A. Lokin, R. Meijering, B.H. Stolte & N. van der Wal, *Theophili antecessoris Paraphrasis graeca Institutionum Iustiani, with a translation by A.F. Murison*, Groningen: Chimaira 2010.

Timmer 2000

R. Timmer, Restanten van Oud-Germaans recht in de Lex Frisonum in: *Pro Memorie, Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis der Nederlanden 2.1*, Hilversum: Verloren 2000.

Tjeenk 1997

J. de Bie Tjeenk, *Gerechtigden tot schadevergoeding bij zaakschade* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997.

Todd 1992

M. Todd, *The Early Germans*. Cambridge: Blackwell Publishers 1992.

Troplong 1836

R.T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code, De la Prescription ou Commentaires du tit. XX du Liv. III du Code civil*, Bruxelles: Adolphe Wahlen 1836.

Macintosh-Turfa 1986

J. Macintosh-Turfa, 'International Contacts: Commerce, Trade, and Foreign Affairs' in: L. Bonfante (red.), *Etruscan life and afterlife, a handbook of Etruscan studies*, Detroit: Wayne State University Press 1986.

Valentin-Smith 1854

J.E. Valentin Smith, *De l'origine de la Possession Annale, suivie d'un compte-rendu des études historiques et critiques des actions possessoires*, Lyon: d'Aimé Vingtrinier 1854.

Veegens/Oppenheim 1925 (II)

J.D. Veegens & A.S. Oppenheim, *Schets van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Tweede deel. – Rechten op Zaken*, Haarlem: Tjeenk Willink & Zoon 1925.

Veegens 1982

D.J. Veegens, Een herwaardering van Meijers in: *Lugdunum Batavorum Juri Sacrum, Rechtsgeleerde opstellen, vervaardigd door leden van het Leids Juridisch Dispuut 'Juri Sacrum' ter gelegenheid van het honderdjarig bestaan van het Dispuut*, Deventer: Kluwer 1982.

Van der Ven 1993

F. van der Ven, *Een omstreden eiland, de eigendom van het eiland Schiermonnikoog in geding*, (diss. Groningen), 1993.

Uniken Venema/Zwalve 2008

C.E. Uniken Venema Zwalve & W.J. Zwalve, *Common Law & Civil Law, Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Deventer: Tjeenk Willink 2008.

Veraart 2005

W.J. Veraart, *Ontrechting en rechtsherstel in Nederland en Frankrijk in de jaren van bezetting en wederopbouw*, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2005.

Verheugt 1999

J.W.P. Verheugt, *Inleiding in het Nederlandse recht*, Den Haag: Boom 1999.

Van Vliet 2000

L.P.W. van Vliet, *Transfer of movables in German, French, English and Dutch law* (diss. Maastricht), Nijmegen: Ars Aequi Libri.

Voorduin 1837 (I,1)

J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken*, volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten Generaal, Deel I, stuk 1: Algemeene Inleiding Utrecht: Robert Natan 1838.

Voorduin 1838 (III)

J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken*, volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten Generaal, Deel III.1 Burgerlijk Wetboek art. 385-876, Utrecht: Robert Natan 1838.

Vromans 1722

P. Vromans, *Tractaet de foro competenti*, Leiden: Joh. Arnold Langerak 1722.

Vuye 1995

H. Vuye, *Bezit en bezitsbescherming van onroerende goederen en onroerende rechten* (diss. Namen), Brugge: die keure 1995.

Vuye & Stijns 2005

H. Vuye & S. Stijns, Zakenrecht: tweehonderd jaar oud of tweehonderd jaar jong? in: *Napoleons nalatenschap, Tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België* (ed. D. Heirbaut en Georges Martyn), Kluwer: Mechelen 2005.

Waldstein/Rainer 2005

W. Waldstein & M. Rainer, *Römische Rechtsgeschichte, ein Studienbuch*, München: C.H. Beck 2005.

Van Wassenauer 1729

G. van Wassenauer, *Practijck Judicieel*, Utrecht: Jacob van Poolsum 1729.

Watson 1964

A. Watson, The origins of consensual sale: a hypothesis in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, Groningen: Wolters 1964.

Watson 1968

A. Watson, *The law of property in the later Roman republic* (reprint of the edition Oxford 1968), Aalen: Scientia 1984.

Watson 1970

A. Watson, The Development of the Praetor's Edict in: *The Journal of Roman Studies*, vol. 60 (1970), pp. 105-119.

Watson 1987

A. Watson, *Roman Slave Law*, Baltimore: Johns Hopkins University Press 1987.

Watson 1992

A. Watson, *The State, Law and Religion: Pagan Rome*, London: University of Georgia Press 1992.

Wauters 2005

B. Wauters, *Recht als religie, canonieke onderbouw van de vroegmoderne staatsvorming in de zuidelijke Nederlanden*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2005.

Westrup 1944 (I)

C.W. Westrup, *Introduction to early Roman Law, comparative sociological studies, The Patriarchal Joint Family, I, Part 1: The house community, section 1: Community of cult*, Copenhagen: Munksgaard, 1944.

Westrup 1934 (II)

C.W. Westrup, *Introduction to early Roman Law, comparative sociological studies, The Patriarchal Joint Family, II, Joint Family and Family Property*, Copenhagen: Munksgaard, 1934.

Westrup 1950 (IV)

C.W. Westrup, *Introduction to early Roman Law, comparative sociological studies, The Patriarchal Joint Family, IV, Sources and Methods, book I Primary sources*, Copenhagen: Munksgaard, 1950.

Wieacker 1966

F. Wieacker, Die XII Tafeln in ihrem Jahrhundert in: *Les origines de la république Romaine, Entretiens, Tome XIII*, Geneve: Fondation Hardt pour l'étude de l'antiquité classique 1966.

Wieacker 1967

F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1967.

Wieacker 1988

F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte, I, Einleitung, Quellenkunde, Frühzeit und Republik*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1988.

Wiarda 1951

J. Wiarda, Het arrest van 5 mei 1950, N.J. 1951, no. 1 inzake Damhof tegen den Staat der Nederlanden aangaande de artt. 639 en 2014 B.W. en eerherstel voor Diephuis en de negentiende eeuw, in: *WPNR* # 4207 – 4211.

Wielant 1573

Ph. Wielant, *Practijcke Civile*, Antwerpen: Henrick van der Loe 1573. (Herdrukt door Uitgeverij Graphie te Amsterdam in 1968).

Windscheid 1900 (1)

B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I*, Frankfurt am Main: Rütten & Loening 1900.

Windscheid 1906 (I)

B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I*, Aalen: Scientia 1963 Neudruck der Ausgabe Frankfurt am Main 1906.

Wolf 1985

J.G. Wolf, Zur legis actio sacramento in rem in: *Römisches Recht in der europäischen Tradition, Symposium aus Anlaß des 75. Geburtstages von Franz Wieacker*, Ebelsbach: Verlag Rolf Gremer 1985.

Wubbe 1960

F.B.J. Wubbe, *Res aliena pignori data, de verpanding van andermans zaak in het klassieke Romeinse recht* (diss. Leiden), Leiden: Universitaire Pers 1960.

Yaron 1962

R. Yaron, *Vitae Necisque Potestas* in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Deel XXX*, Groningen: Wolters' Uitgeversmaatschappij 1962.

Zeumer 1886

K. Zeumer, *Formulae Merovingici et Karolini Aevi accedunt Ordines Iudiciorum Dei* (Monumenta Germaniae Historica), Hannover: Hahn 1886.

De Zulueta 1946 (I)

F. de Zulueta, *The Institutes of Gaius, Part I, Text with critical notes and translation*, Oxford: At the Clarendon Press 1946.

De Zulueta 1953 (II)

F. de Zulueta, *The Institutes of Gaius, Part II, Commentary*, Oxford: At the Clarendon Press 1953.

Zwalve 1978

W.J. Zwalve, 'Enige opmerkingen over 3.5.17 van het Ontwerp Burgerlijk Wetboek', *WNPR* 1978 (5429), p. 216 - 219.

Zwalve 1995 (Soons bundel)

W.J. Zwalve, 'Si filius ergo et heres; enige opmerkingen over de 'saisine'' (p. 135 e.v.) in: *Heden verschenen voor mij* (Soons bundel), Arnhem: Gouda Quint 1995.

Zwalve 1995 (WPNR)

W.J. Zwalve, 'Art. 3:105, lid 1 BW. Niet alléén een kwestie van termijnen' in: *WPNR* 1995 (6202), p. 773-774.

Zwalve 2003

W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht. Deel I. Inleiding en zakenrecht*. Deventer: Kluwer 2003.

Zwalve 2006

W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht. Deel I. Inleiding en zakenrecht*. Deventer: Kluwer 2006.

Zwalve 2012

W.J. Zwalve, *Sola scriptura*, An essay in comparative legal history on 'obligations' in thirteenth century France and England in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'Histoire du Droit / The Legal History Review, Volume 80, Nummer 1-2* (p. 95-128).

Zwalve 2013

W.J. Zwalve, *Bezit geldt als volkomen titel*, Enige opmerkingen over gestolen zaken en de rechtsvordering van art. 3:86 lid 3 BW in: *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2013-3 (p. 95-106).

Registers

Plaatsenregister

Indeling:

- A. Romeins recht
- B. Canoniek recht
- C. Recht van inheemse oorsprong
- D. Franse wetgeving
- E. Nederlandse (ontwerp-)wetgeving
- F. Overige buitenlandse wetgeving en verdragsrecht

De weergave geschiedt chronologisch per afdeling; verwezen wordt naar *pagina's* (vet [p. 102] = [gedeeltelijke] weergave wettekst/omschrijving)

A. Romeins recht

Litteraire teksten

- Aulus Gellius, *Noctes Atticae*,
Liber XIII, xv, 1-7
→ 6
- Cicero, *De inventione* II.22.67
→ 6
- Dionysius van Halicarnassus, *Antiquitatum Romanorum*, III, 32, (1)
→ 67
- Festus, *De verborum significatu*
onder 'sacramentum'
→ 10
onder 'possessio'
→ 25, **37**
onder 'possessiones'
→ **35**
- Frontinus, *de controuv. Agrorum*,
tit. De alluvione
→ 36
- Livius, *Ab urbe condita*,
Liber VI, 42
→ 6

- Liber XL, 17
→ 34
- Petronius, *Satiricon* 13
→ 47
- Plinius maior, *Naturalis Historia*,
XVI,5,15
→ **48**
- Tacitus, *Germania*, 24
→ **108**
- Varro, *De lingua latina* V, 180
→ 10

Instituten van Gaius *Gai Institutiones*

- Gaius 1,119
→ 49
- Gaius 4,11
→ **8**, 9, 49
- Gaius 4,13-14
→ 10
- Gaius 4,13-17
→ 10

Gaius 4,14
 → 9, 11
 Gaius 4,16
 → 10, **11-14**, 49
 Gaius 4,17
 → VIII, 11
 Gaius 4,17a
 → 15
 Gaius 4,30
 → **9**
 Gaius 4,31
 → **9**
 Gaius 4,36
 → 49, 64, 81, 357, 413
 Gaius 4,40
 → 49
 Gaius 4,41
 → 49
 Gaius 4,48
 → **14**, 49
 Gaius 4,93
 → **15**, 49
 Gaius 4,94
 → **16**
 Gaius 4,108
 → **12**
 Gaius 4,139
 → 7
 Gaius 4,143
 → 181
 Gaius 4,148
 → **20**
 Gaius 4,149
 → 20, **27**, 47
 Gaius 4,150
 → 25, 27, **47**, 59
 Gaius 4,151-152
 → 28
 Gaius 4,160
 → 26, **41**, 44, 66

Uitspraken van Paulus
Pauli Sententiae

V,6,1
 → 25, 27, 59

Vaticaanse fragmenten
Fragmenta Vaticana

Fr. Vat. 293
 → 59
 Fr. Vat. 311
 → 59

Vergelijking van Mozaïsch en
Romeins recht
Mosaicarum et Romanorum legum
collation

Coll. leg. mos. XIV,3,5
 → 46

Digesten
Digesta

D. 4,2,13
 → 141
 D. 4,6,30 *pr.*
 → 121
 D. 6,1,24
 → **21**, 181
 D. 6,2,1
 → 357
 D. 6,2,1,1
 → 109, **413**
 D. 6,2,12,7
 → **414**
 D. 6,2,17
 → **417**
 D. 7,1,13,3
 → **168**
 D. 10,4,9,1
 → **55**
 D. 10,4,15
 → 44, **54**
 D. 12,4,16
 → 68
 D. 17,1,57
 → 357
 D. 19,2,15,1
 → 125
 D. 19,2,24,4
 → 125

D. 19,2,25,2
 → **125**
 D. 21,3,1
 → 18
 D. 39,2,9,1
 → 44, **53**
 D. 40,12,7,5
 → **168**
 D. 41,1,31 *pr.*
 → 335
 D. 41,1,31,1
 → **54**
 D. 41,2,1 *pr*
 → 96, **122**
 D. 41,2,3,1
 → **VII**, 207
 D. 41,2,3,3
 → VII
 D. 41,2,3,5
 → **32**, 46
 D. 41,2,12,1
 → **202**
 D. 41,2,13
 → 132
 D. 41,2,13,4
 → 59
 D. 41,2,13,7
 → 59
 D. 41,2,13,10
 → 59
 D. 41,2,13,12
 → 121
 D. 41,2,14,1
 → 59
 D. 41,2,18,2
 → 335
 D. 41,2,23
 → VII, **121**
 D. 41,2,28
 → 324
 D. 41,2,30,5
 → 121
 D. 41,2,30,6
 → 324
 D. 41,3,24,1
 → 121
 D. 41,3,40
 → 121
 D. 41,3,45,1
 → 121
 D. 41,4,6,2
 → 121
 D. 41,4,7
 → 121
 D. 41,7,4
 → 357
 D. 43,1,1 *pr.*
 → 7
 D. 43,16,1
 → **211**
 D. 43,16,1,10
 → 211
 D. 43,16,1,39
 → **211**
 D. 43,16,7
 → **212**
 D. 43,16,17
 → **428**
 D. 43,17,1
 → 25
 D. 43,17,1,3
 → **21-22**
 D. 43,17,1,9
 → 161
 D. 43,17,2
 → 284, 359, **452**
 D. 43,17,3,1,9
 → **40, 208**
 D. 43,26,1
 → **26**
 D. 43,28,1
 → 44, **48**
 D. 43,28,1,1
 → **48**
 D. 43,29,1
 → 44
 D. 43,30,1
 → 44
 D. 43,31,1
 → 44
 D. 43,32,1
 → **26**, 44, **50**, 176
 D. 43,32,1,1
 → 24, **27**, 58
 D. 44,3,14, *pr.*
 → 59

D. 44,3,15
→ 59
D. 44,3,15,1
→ 59
D. 47,4,1,15
→ 121
D. 48,7,7
→ **141**
D. 50,15,156
→ 59
D. 50,16,93
→ 49
D. 50,16,115
→ **36**
D. 50,16,236,1
→ **48**

Instituten van Justinianus
Institutiones

Inst. 2,6,2
→ 62, 239
Inst. 4,15,4
→ **22**, 29, 65
Inst. 4,15,4a
→ 24, 28, **58**, 60
Inst. 4,15,6
→ **142**

Codex van Justinianus
Codex Justinianus

C. 6,33,3
→ **177-178**

B. Canoniek recht

Decretum van Gratianus
Decretum Gratiani

Causa III Quaestio I canon 1
Episcopis
→ **83**
Causa III Quaestio I canon 3
Redintegranda
→ **83-84**

C. 7,30,1
→ 160
C. 7,31,1,2
→ **237**
C. 7,32,4
→ **199-200**
C. 2,3,20
→ 334

Instituten-parafraze van
Theophilus
Institutionum Graeca Paraphrasis
Theofilo antecessori

Theoph. Inst. 4,15,4a
→ **287**

Accursische Glosse
Glossa ordinaria

Gl. *constituti* op l. 15 C. de probationibus
→ **134**
Gl. *dominos* op l. 6 C. unde vi
→ 134
Gl. *fuisse* op l. 4 C. ad exhibendum
→ 134
Gl. *in vacuum* op l. 12 C. de probationibus
→ **134**
Gl. *minus* op l. 2. C. de poss.
→ **135**
Gl. *sufficiebat* op l. 77 de R.V.
→ **135**

Decretalen van Gregorius IX
Liber Extra

X.2.13.18 *Saepe contingit*
→ **84-85**

C. Recht van inheemse oorsprong

Saksenspiegel

Sachsenspiegel

Ssp. I, 9, § 5
→ 137
Ssp. I, 25, § 5
→ 98
Ssp. I, 28
→ 98
Ssp. II, 3 § 1
→ **98**
Ssp. II, 15
→ 137
Ssp. II, 24, § 1
→ **96**, 397
Ssp. II, 24, § 2
→ **114**
Ssp. II, 25, § 1
→ 96
Ssp. II, 36, § 8
→ 96
Ssp. II, 44
→ 95, 137
Ssp. II, 44, § 1
→ **98**, 99, 137
Ssp. II, 60, § 1
→ **112**, 240
Ssp. II, § 64
→ 95
Ssp. II, 71, § 3
→ 95
Ssp. III, 5, § 4
→ **113**
Ssp. III, 6, § 1
→ **116**
Ssp. III, 9, § 4
→ 98
Ssp. III, 38, § 1
→ **97**
Ssp. III, 38, § 4
→ **96**
Ssp. III, 61, § 4
→ 95
Ssp. III, 83, § 2
→ 98

Ssp. Lehnrecht, 6 § 1

→ **120**

Ssp. Lehnrecht, 13, § 1

→ **106-107**

Ssp. Lehnrecht, 14, § 1

→ **118**

Saksenspiegel in Nederland

Saksenspiegel XXIV

→ **97**

Saksenspiegel CIII

→ **115**

Saksenspiegel CXIX

→ **98-99**

Varia: overige rechtsbronnen

Blume von Magdeburg I, 167

→ **118**

Burchards von Worms Const. I, 640

→ 99

Capitularia Pippini Aquitaniae

(Cap. Pip.), 789, 14 (fine)

→ 97

Capitularia regum Francorum

(Cap.), 819,9

→ 97

La Charte de Noyon, de l'an 1181

→ **107**

La Charte de Roze, de l'an 1183

→ 107

Coûtume d'Anjou, 426

→ 155

Coûtume de Bourbonnais, 87

→ 155

Coûtume de Bretagne, tit. 4, art. CIII

→ **233**

Coûtume de Bretagne, tit. 8, art. CLX

→ **234**

Coûtume de Bretagne, art. CCLXXXIV

→ **234**

Coûtume de Cambrai, tit. 25, art. 26

→ **211**

Coûtume de Maine, art. 446
→ 155

Coûtume de Montargis, XXI, 1
→ 155

Coûtume de Normandie, art. LV
→ 155

Coûtume de Normandie, art. CCCCXXII
→ **238**

Coûtume d'Orléans, 489
→ 155

Coutumes d'Orléans (des Duché, billiage
et prévôté), art. CCCCLXX
→ **161**

Coûtume de Poitou, art. 399
→ 155

Coûtume de Sedan, art. 263
→ 155

Coûtume de Valois, art. 116
→ 155

Formulae Salicae Bignonianae, art. 22
→ 99

Grand Coutumier de France, XIX, p. 231
→ **157**

Instructie van de Hoge Raad van Holland
en Zeeland, art. 195
→ 105, 160

Landrecht van Averissel, IV, artt. 6 en 7
→ 110

Lex Bawariorum (Bai.), 16,1
→ 97

Lex Romana Burgundionum (Burg.), 19,2
→ 97

Lex Ribuarum (Rib.), 59,8
→ 97

Lex Salica de migrantibus, § 45
→ **100**

Liutprand (Liut.), 148
→ 97

Privilege van graaf Willem aan Delft
uit 1246, nr. 17
→ 95, 100-101

Rheinfränk. Landfriede 1179
→ 99

Richtsteig Landrechts 26 § 6
→ **118**

Richtsteig Lehnrechts 29 § 7
→ **118**

Schlef. Landr. B 1. Cap. 28
→ 102

Schwabenspiegel, Lehnrecht, 96
→ **115**

Splendor Consuet. Venet., 88
→ 97

Weisthümer I. S. 157. § 25
→ 102

D. Franse wetgeving

Ordonnantie van 1512

Ordonnance 1512

68 de l'ordonnance de *Louis XII*
→ **230**

Ordonnantie van 1667

Ordonnance 1667

Titel XVIII, art. I
→ **154**, 257

Titel XVIII, art. IV
→ **257**

Titel XVIII, art. V
→ **257**

Wet van 16-24 augustus 1790

over de rechterlijke organisatie

Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire

10 Wet 1790
→ **215**

Decreet van 18 oktober 1790

bevattende de procedure-regeling voor de vrederechter

Décret contenant règlement sur la procédure en la justice de paix

→ 255

Burgerlijk Wetboek Code civil

459 Cc
→ 276
526 Cc
→ 222
529 Cc
→ 222
549 Cc
→ **214**
550 Cc
→ **214**, 221, 276
711 Cc
→ 255, **334**
724 Cc
→ 200, **201**, 221, 254, 277
1004 Cc
→ 201
1138 Cc
→ 334, 255
1580 Cc
→ 334
1604 Cc
→ **333**, 352
1725 Cc
→ 124, **125**, 259
2228 Cc
→ 204, 207, 214, **253**, 277
2229 Cc
→ 207
2230 Cc
→ **203**, 204
2233 Cc
→ 208

2236 Cc
→ 203
2243 Cc
→ 204
2262 Cc
→ 203
2265 Cc
→ 204
2267 Cc
→ 203
2268 Cc
→ 203, 204
2271 Cc
→ 230
2272 Cc
→ 230
2279 Cc
→ XIII, 214, **222**, 229, 232, 233, 236,
237, 239, 243, 254, 291, 302, 303, 304,
314, 374, 386

Code de la Procédure civile

3 C.P.C.
→ 216
23 C.P.C.
→ 161, 204, **207**, 214, 216, **257**
24 C.P.C.
→ 214, 216, **257**
25 C.P.C.
→ 214, 216, **257**
26 C.P.C.
→ 214, 216, **257**
27 C.P.C.
→ 214, 216, **257**

E. Nederlandse (ontwerp-)wetgeving

Staatsregeling voor het Bataafsche Volk 1798

28 Staatsregeling
→ 260

Ontwerp van der Linden (1807)

3 OVL
→ **242**, **249**
4 OVL
→ **249**
5 OVL
→ **242**

7 OVL
→ **249**
8 OVL
→ **249**
9 OVL
→ **249**
10 OVL
→ **249**
11 OVL
→ **242**
19 OVL
→ **250**

Wetboek Napoléon ingerigt voor het Koninkrijk Holland

420 WNH
→ 224
422 WNH
→ 224
424 WNH
→ 222
441 WNH
→ **247**
442 WNH
→ **247**
443 WNH
→ **247**
445 WNH
→ 221
446 WNH
→ 245
459 WNH
→ **221**, 450
460 WNH
→ **221**, 250
461 WNH
→ **221**, 244, **250**
465 WNH
→ **250**
466 WNH
→ **251**
923 WNH
→ 221
1857 WNH
→ **245**
1859 WNH
→ **251**

1860 WNH
→ **221**, 251
1906 WNH
→ XIII, 221, 222, **223**, 242, 246, 302

Burgerlijk Wetboek Code civil

Zie: Franse wetgeving (onder D)

Grondwet 1814

100 Gw 1814
→ 260

Ontwerp Kemper (1816)

229 Ontwerp 1816
→ **262**, 263
230 Ontwerp 1816
→ **263**
1013 Ontwerp 1816
→ **262**
1015 Ontwerp 1816
→ **262**
1224 Ontwerp 1816
→ **262**
1258 Ontwerp 1816
→ **262**, 266
1302 Ontwerp 1816
→ 262, 268
2187 Ontwerp 1816
→ **268**, 269
2277 Ontwerp 1816
→ **269**

Ontwerp Kemper (1820)

907 Ontwerp 1820
→ 266 (zie ook p. 262)
909 Ontwerp 1820
→ 266 (zie ook p. 262)
1016 Ontwerp 1820
→ 334
1029 Ontwerp 1820
→ 334
1105 Ontwerp 1820
→ **274**

1134 Ontwerp 1820
→ **266**
1173 Ontwerp 1820
→ 267
1174 Ontwerp 1820
→ **268**
1555 Ontwerp 1820
→ **268**
1559 Ontwerp 1820
→ **268**
1984 Ontwerp 1820
→ **269**, 277
1998 Ontwerp 1820
→ 277

Koninklijke Besluiten

KB van 28 April 1821, N^o. 72
→ 270, 273
KB van 11 (18) Januari 1822, N^o. 23
artikel 4
→ 273
artikel 5
→ **276**

Ontwerpen der Commissie van Redactie der Nationale Wetgeving

a) Eerste ontwerp, titre 2, section I

2 Ontwerp I
→ **275**
4 Ontwerp I
→ **275**
20 Ontwerp I
→ **279**
41 Ontwerp I
→ **287**
49 Ontwerp I
→ **286**

b) Definitieve tekst, titre 2, section I

1 Ontwerp (definitief)
→ **277**
9 Ontwerp (definitief)
→ **279**
12 Ontwerp (definitief)
→ **279**

17 Ontwerp (definitief)
→ **283**
19 Ontwerp (definitief)
→ **284**
20 Ontwerp (definitief)
→ **292**
22 Ontwerp (definitief)
→ **283**, 292, 296
27 Ontwerp (definitief)
→ **287**
28 Ontwerp (definitief) [geschrapd]
→ **125**, **284**
29 Ontwerp (definitief)
→ 126
30 Ontwerp (definitief)
→ **288**
32 Ontwerp (definitief)
→ 296, **303**
33 Ontwerp (definitief)
→ **286**, 292, 296
34 Ontwerp (definitief)
→ 285, 296
35 Ontwerp (definitief)
→ 296
36 Ontwerp (definitief)
→ 285, 296
37 Ontwerp (definitief)
→ 296
38 Ontwerp (definitief)
→ 285, 296
39 Ontwerp (definitief)
→ 285, 296
40 Ontwerp (definitief)
→ 296
41 Ontwerp (definitief)
→ 285
42 Ontwerp (definitief)
→ 296

Wet op de samenstelling der Regterlijke magt en het beleid der Justitie (1827)

43 van het ontwerp-R.O. van 1827
→ 216
45 van het ontwerp-R.O. van 1827
→ 216

BW 1830

530 BW1830
→ 301
590 BW1830
→ **301**
644 BW1830
→ **283**
646 BW1830
→ **284**
649 BW1830
→ **283**
654 BW1830
→ **287**
655 BW1830
→ **125**
656 BW1830
→ 126
657 BW1830
→ **288**
660 BW1830
→ **283**
670 BW1830
→ 334
679 BW1830
→ 334
2018 BW1830
→ 302

Wet op de zamenstelling der Regterlijke magt en het beleid der Justitie (1835)

32 Wet 1835
→ 216
43 Wet 1835
→ 216

Oud Burgerlijk Wetboek

585 OBW
→ 248
597 OBW
→ **279**, 332, 457
601 OBW
→ **283**, 284, 291, 294, 414
603 OBW
→ **284**

605 OBW
→ 284
606 OBW
→ V, 280, 282, **283**, 286, 287, 291,
296, 297, 300, 388
611 OBW
→ **287**
612 OBW
→ **125**
613 OBW
→ 126
614 OBW
→ **288**
618 OBW
→ V, X, 280, 282, 283, 286, 294, 296,
297, 298, 300, 407, 408, 441
619 OBW
→ V, 248, 280, 282, 294, 296, 298,
299, 300, 415
620 OBW
→ 280
621 OBW
→ 294
622 OBW
→ 1, 294, 361, 414
624 OBW
→ 294, **299**, 388, 430
639 OBW
→ 334, 381, 382
667 OBW
→ 368
671 OBW
→ **333**, 334
1002 OBW
→ 221
1401 OBW
→ 298, **299**, 300, 319, 361, 378, 385,
388, 398
1507 OBW
→ 340, 341
1511 OBW
→ **333**, 352
1592 OBW
→ **124-125**
1781 OBW
→ 353
1992 OBW
→ 418

1993 OBW

→ 418

1995 OBW

→ 349

2000 OBW

→ **354**

2014 OBW

→ XVI, XVIII, XIX, 196, 222, **223**,
230, 243, 245, 246, 291, 302, 303, 305,
320, 321, 364, 365, 366, 367, 368, 370,
371, 372, 374, 376, 377, 379, 380, 381,
382, 386, 411, 437, 439, 451, 458

Ontwerp 1899

34 Ontwerp 1899

→ **409**, 415

42 Ontwerp 1899

→ **411**

89 Ontwerp 1899

→ 346

91 Ontwerp 1899

→ 346

**Besluit van 7 juni 1940, houdende
een voorziening, ten einde te
verhinderen, dat het
rechtsverkeer in oorlogstijd
schade toebrengt aan de belangen
van het Koninkrijk der
Nederlanden.**

6 Besluit 7 juni 1940

→ **380**

10 Besluit 7 juni 1940

→ **380**

**Besluit van 20 October 1944 (no.
E. 133), houdende een vaststelling
van het Besluit Vijandelijk
Vermogen**

Besluit no. E. 133

→ 382, 383

3 Besluit no. E. 133

→ **382**

Concepten Meijers¹⁶⁰⁶

**Ongenummerd concept ‘Bezit’
(uit aantekeningen J. Drion)**

1 concept ‘Bezit’

→ **323**, 331

2 concept ‘Bezit’

→ 331

4 concept ‘Bezit’

→ **323-324**

5 concept ‘Bezit’

→ **412**

16 concept ‘Bezit’

→ **361-362**, 415

B.W. 12b

(‘Verkrijging en verlies van goederen’)

artt. 13 – 21

→ 349

B.W. 12c

(‘Verkrijging en verlies van goederen’)

4 B.W. 12c

→ 374

13 B.W. 12c

→ **348**

14 B.W. 12c

→ **348**

B.W. 12g

(‘Verkrijging en verlies van goederen’)

14 B.W. 12g

→ **348**

15 B.W. 12g

→ **349**

B.W. 21

(‘Verkrijging en verlies van goederen’)

12 B.W. 21

→ 345, **346**

¹⁶⁰⁶ Zie voor de nummering van de conceptstukken mijn noot 1261.

B.W. 23 ('Bezit')

- 1 B.W. 23
→ **326**
- 6 B.W. 23
→ **412**
- 16 B.W. 23
→ 338, **361-362**, **407**, 412, 415, 441

B.W. 59 ('Van koop en verkoop')

- 4 B.W. 59
→ **333**

B.W. 59 II ('Koop')

- 2 B.W. 59 II
→ **341**, 344

Ontwerp Meijers

- 3.1.2.9 OM
→ 349
- 3.4.2.2 OM
→ 373
- 3.4.2.3 OM
→ 403
- 3.4.2.4 OM
→ 352
- 3.4.2.7 OM
→ 405, 441
- 3.4.3.1 OM
→ **350**, 379
- 3.4.3.8 OM
→ 136, **350**, 357
- 3.5.1 OM
→ 327, 330
- 3.5.3 OM
→ 322, 328
- 3.5.6 OM
→ 324, **332**
- 3.5.8 OM
→ 341
- 3.5.9 OM
→ 337, 348, 373
- 3.5.14 OM
→ 328, 338, 352
- 3.5.15 OM
→ 328

- 3.5.16 OM
→ 328
- 3.5.17 OM
→ 2, 327, 330, 357, 358, 362, 363, 379,
385, 387, 396, 399, 404, **423-424**, 426,
427, 430, 456
- 7.1.2.1 OM
→ 341, 352
- 7.1.2.2 OM
→ 351
- 7.1.2.7 OM
→ 352

Burgerlijk Wetboek

- 3:17 BW
→ 353
- 3:84 BW
→ XX, 226, **373**
- 3:86 BW
→ XVIII, 367, 374, 403, 405, 451
- 3:89 BW
→ XX, 352
- 3:94 BW
→ 405, 441
- 3:105 BW
→ 346, **355**
- 3:107 BW
→ VI, 136, 327, 329, 351, 453
- 3:109 BW
→ 136, 322, 328
- 3:112 BW
→ VII, 324, **332**, 450, 453, 457
- 3:115 BW
→ 337
- 3:116 BW
→ 418
- 3:117 BW
→ 135
- 3:119 BW
→ 135
- 3:125 BW
→ V, VI, XX, XXI, XXII, 2, 7, 101,
299, 321, 338, 357, 363, 385, 386, 399,
407, 408, 414, 428, 430, **431**, 441, 447,
452, 456
- 3:306 BW
→ **355**

3:314 BW

→ **355**

7:9 BW

→ **341**, 351, 352, 450, 457

7:10 BW

→ 351

7A:1781 BW

→ 353

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (oud)

48 Rv (oud)

→ **422-423**

130-132 Rv (oud)

→ VI, 426, 4556

250 Rv (oud)

→ 42

F. Overige buitenlandse wetgeving en verdragsrecht

Belgische wetgeving

wet van 25 maart 1876

→ 219

wet van 26 maart 1876

→ 219

Codice civile (Italië)

1170 Codice civile

→ 362, 409, **410**, 419, **455**

Ontwerp LUVI / EWIK

18 Ontwerp EWIK

→ **343**

19 Ontwerp EWIK

→ 340

Trefwoordenregister

verwezen wordt naar *pagina's*
(**vet** [p. 102] = weergave omschrijving)

A

accessio temporis, bijtelling van de bezitstijd

→ **28**, **71**, **72**

Accursische glosse

→ **32**, **121**, **126**, **127**, **129**, **135**, **158**

actie uit onrechtmatige daad

→ **XVII**, **XIX**, **XXI**, **XXII**, **298**, **299**, **300**, **328**, **361**, **362**, **363**, **364**, **379**, **380**, **382**, **384**, **385**, **386**, **388**, **389**, **393**, **396**, **398**, **399**, **400**, **402**, **402**, **405**, **407**, **414**, **415**, **416**, **417**, **420**, **421**, **422**, **424**, **426**, **429**, **430**, **431**, **432**, **433**, **436**, **438**, **440**, **441**, **442**, **443**, **444**

actio Publiciana, Publiciaanse actie

→ **IX**, **X**, **49**, **63**, **81**, **88**, **91**, **108**, **109**, **136**, **187**, **205**, **356**, **357**, **361**, **367**, **379**, **387**, **388**, **396**, **407**, **409**, **410**, **413**, **414**, **417**, **425**, **427-428**

actio spoli, zie ook: *réintégrande*, mandament van spoli

→ **XI**, **79**, **80**, **81**, **82-84**, **85**, **86**, **87**, **88**, **89**, **90**, **117**, **129**, **136**, **185**, **188**, **190**, **204**, **210**, **212**, **239**, **250**, **285**, **287**, **288**, **299**, **310**, **404**, **412**

ager publicus, publieke grond

→ **4-5**, **34**, **35**, **36**, **36**, **56**, **65**, **66**

algemeenheden van roerende zaken

→ **154**, **206**, **307**

asses, Romeinse rekeneenheid

→ **11**, **13**

Azione di manutenzione

→ **X**, **361**, **408**, **409**, **413**, **418**

B

bailee

→ **69**, **242**

bailment

→ **242**

bailor

→ **242**

Belgische – of: zuidelijke – commissie

→ **XV**, **125**, **195**, **263**, **264**, **265**, **266**, **270**, **287**

Benelux-voorontwerp inzake koop en ruil

→ **338**

bewijsvermoeden

→ **134**, **135**, **136**, **166**, **200**, **203**, **221**, **251**

bezit geldt als (volkomen) titel

→ **XIV**, **154**, **194**, **222 e.v.**, **226 e.v.**, **242**, **245**, **291**, **303**, **306**, **309**, **315**, **319**, **371**, **374**, **381**

bezit, *afgifte*

→ **333**, **341**, **345**, **354**, **402**

bezit, *afleveren*

→ **341**

bezit, *behoud van*

→ **4**, **19**, **20**, **22**, **24**, **28**, **33**, **34**, **45**, **56**, **60**, **61**, **71**, **77**, **106**, **133**, **152**, **153**, **181**, **182**, **332**

bezit, *bezitsstoornis* (zie ook: *trouble*)

→ **XV**, **XVI**, **90**, **124**, **126**, **133**, **142**, **143**, **160**, **162**, **165**, **166**, **249**, **268**, **283**, **284**, **289**, **291**, **292**, **298**, **361**, **362**, **385**, **388**, **407**, **408**, **410**, **412**, **413**, **415**, **423**, **424**, **427**, **428**, **429**, **431**

bezit, *bezitsverlies* (zie ook: *perte*)

→ **XIII**, **XV**, **XVI**, **2**, **59**, **60**, **77**, **85**, **116**, **117**, **133**, **135**, **212**, **222**, **230**, **238**, **240**, **241**, **249**, **283**, **285**, **288**, **289**, **290**, **281**, **295**, **304**, **361**, **390**, **407**, **408**, **412**, **413**, **414**, **419**, **423**, **424**, **429**, **431**

bezit, *burgerlijk of: civiel*

→ **146**, **158**, **199**, **203**, **223**, **262**, **277**, **288**, **323**

bezit, *detentie*

→ **V**, **XVII**, **XIX**, **XX**, **XXII**, **80**, **94**, **186**, **326**, **360**, **361**, **430**, **431**, **448**

bezit, *Besitzdiener, détention intéressée*

→ **360**

bezit, *gekwatificeerd*

→ **108**, **111**, **356**, **369**, **418**

bezit, *goederenrechtelijke bevoegdheden*

→ **XXII**, **455**

bezit, *herkrijging van*

→ **28**, **54**, **55**, **56**, **60**, **71**, **77**, **133**, **142**, **181**, **182**

bezit, *imperfect*
 → **XVII, 360**
 bezit, *annaal bezit, bezit van jaar en dag*
 → VIII, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103,
 105, 106, **107**, 109, 111, 139, 152, **156**,
 157, 161, 170, 171, 173, 179, 183, 206,
 207, 208, 209, 229, 233, 234, 238, 251,
 263, 267, 283, 284, 288, 299, 355, 413
 bezit, *natuurlijk bezit*
 → 146, 158, 159, 202, 203, 233, 274,
 275, 277, 281, 306
 bezit, *perfect bezit*
 → XVII, **360**
 bezit, *politionele functie*
 → **XXII, 5**, 64, 89, 90, 284, 293, 360
 e.v., 363, 387, 400, 425, 430
 bezit, *precarium, bezit ter bede*
 → 25, **26**, 27, 36, 37, 39, 40, 58, 126,
 142, 149, 157, 208, 257, 268, 418
 bezit, *publiciaans bezit*
 → **IX**, 63, 88, **108**, 356
 bezit, *Realbesitz*
 → **IX**, 80, 81, **87, 88, 89**, 90, 91, 299,
 429
 bezit, *relatief eigendom; relatief eigenaar*
 → **89**, 90, 91, 185, 359, 377, 407, 412
 bezit, *rustig bezit*
 → **98**, 99, 106, 107, 111, 156, 161, 283
 bezit, *zakelijke bescherming*
 → XIX, XXI, XXII, 361, 362, 363,
 365, 367, 368, 371, 377, 384, 386, 387,
 422, 436
 bezitsverkrijging, *animus*
 → 122, 133, 140, 206, 207, 221, 279,
 292, 352, 397, 410
 bezitsverkrijging, *animus domini*
 → 113, **122**
 bezitsverkrijging, *animus rem sibi habendi*
 → 113, **122**
 bezitsverkrijging, *corpus*
 → 122, 140, **206**, 207
bona fides, goede trouw
 → 108, 227, 234
 Bourgondisch procesrecht
 → 105, 111, 187, 216

C

canon
 → **82**

canon *Redintegranda*
 → 79, **82 e.v.**, 83, 84, 85, 87, 181, 210,
 211, 212
 canon *Saepe*
 → **84-85**
 causa, rechtsgrond
 → 13, 173, 369
 causaal stelsel van eigendomsoverdracht
 → XVIII, 373, 375, 378, 384, 387
 causale leer
 → 364, 372, 374, 384, 413
 Châtelet
 → 226, 227, 229, 231 e.v., 240, 241,
 243
 Code de procédure civile
 → VI, 195, 214, 216, 217, 218, 219,
 255, 256
coercitio, bestraffing
 → 38
 Commissie van Redactie
 → 196, 243, 260, 270, 271, 273, 275,
 276, 277, 278, 279, 281, 282, 287, 290,
 303
complainte en cas de saisine et nouvelleté
 → XII, 150, 152, 153, 198, 205, **206**,
 210, 224, 289
complainte en matière de bénéfices
 → **208**, 209, 306
complainte pour force (pour désaisine)
 → **205**, 206
compossessio plurium in solidum
 → **32**, 46, 122, 390
concepta verba, standaardclausules
 → **17**
condictio ex canone redintegranda
 → **82 e.v.**, 84, 210
constitutum possessorium
 → 319, 320
Corps Législatif, wetgevend lichaam
 → 225, 230

D

de dode erft den levenden, de dode stelt
 de levende in het bezit
 → XVI, 172, 173, 176, 183, 200, 254,
 268, 277, 278, 301, 332
 Decretum
 → **82**, 83
Der Tote erbt den Lebend(ig)en, zie ook: *le mort saisit le vif*, de dode erft den levenden
 → 120, 121, 187

detentor

→ XIV, XVII, XIX, XX, XXI, XXII,
69, 82, 84, 85, 112, 124, 125, 135, 136,
138, 203, 204, 221, 266, 274, 305, 322,
323, 325, 326, 328, 344, 345, 379, 389,
419, 426, 429, 430

diefstal

→ VIII, XIII, 54, 72, 112, 132, 148,
149, 222, 226, 235, 236, 237, 303, 304,
305, 306, 334, 370, 401, 403, 405, 418,
427

Ding(en), volksvergadering(en)

→ **95**, 96, 98, 99, 102, 104, 107, 111,
114, 129, 186, 188, 355

dominium

→ **VIII**, 10, 80, 94, 108, 111, **112**, 130,
186, 229

dominium utile, nuttig eigendom (bezit)

→ **VIII**, 128

ducere, weg leiden

→ **57**

ecclesia romana vivit lege romana, de

kerk van Rome leeft naar het recht van
Rome (personaliteitsbeginsel)

→ **84**

edict, edicta, ambtsbevel(en)

→ **6**, 8, 17, 21, 48, 49, 50, 51, 53, 55,
121, 141, 142

Edictum perpetuum, eeuwig Edict

→ **6**, 51, **52**

Eigenmacht, eigenrichting

→ 25, 33, 34, 37, 38, 39, 43, 82, 85, 86,
87, 88, 90, 141, 387, 410, 421

Einweisung, ceremoniële toewijzing van

landbouwgrond

→ **95**, 121, **128**

emptio tollit locatum, vervreemding

breekt huur

→ **394**

EWIK, Eenvormige Wet Inzake de Koop

van roerende lichamelijke zaken (zie
ook: LUVI)

→ 333, 338-339, 343, 344

exceptio (iusti) dominii, verweer van

(rechtmatige) eigendom

→ **IX**, 39, 73, 86, 212, 415, 425

exceptio vitiosae possessionis, verweer

van gebrekkig bezit

→ X, XI, 2, **25**, **26**, 27, 29, 30, 39, 40,
41, 42, 61, 63, 69, 72, 73, 139, 142,
147, 212, 249, 250, 263, 417, 418, 426,
427

F

formula petitoria, formule tot opeising
van de zaak

→ 15, **17**, 18

G

gebruik naar hun bestemming

→ **VIII-IX**, 224

geleerde recht

→ XI, 151, 154, 159, 162, 164, 174,
199, 200, 230, 306

gewere, 'breken'

→ XIV, 97, 139, 170, 171

gewere, *Defensivwirkung van de Gewere*

→ **96**, **97**, 139, **170**, 229, 397, **417**

gewere, *meervoudig*

→ 117, **118**, 119

gewere, *rechte; rechte weer*

→ **VIII**, **98**, **99**, 106, 107, 108, 109,
110, 111, 156, 207, 209, 229, 244, 247,
289, 354, 356, 410, 420

gewere, *rechtsgewere*

→ **119**, **120**

gewere, *storingsverbod*

→ zie: gewere, *Defensivwirkung*

gewere, *zaaksgewere*

→ **119**, **120**

glossatoren

→ 32, 114, **126**, 130 e.v., 131, 132,
133, 134, 135, 136, 137, 165, 166, 200,
203, 394

Glosse

→ zie: Accursische glosse

H

Hadriaanse inbezitting

→ **177**, 178, 182

Hand wahre Hand, zie ook: *mobilia non*

habent sequelam

→ **113**, 114, 238

houderschap, maatschappelijke

machtsverhouding

→ **396-397**

houderschap, middellijk houderschap

→ XX, 324, 327, 328, 329

I

- inschrijven, inschrijving (in register)
→ 335, 347, 349, 350, 352
- interdicere*, verbieden
→ 7
- interdictum de avulsis*, aangaande het weggerukte
→ 44, **53**
- interdictum de glande legenda*, aangaande het rapen van eikels
→ 44, 45, **48**, 55, 57
- interdictum de homine libero exhibendo*, aangaande de productie van een vrije man
→ 44, 52
- interdictum de liberis exhibendis item ducendis*, aangaande de productie en het met zich meenemen van kinderen
→ 44
- interdictum de liberto exhibendis*, aangaande de productie van een vrijgelatene
→ 44, 52
- interdictum de migrando*, aangaande verhuizing
→ 44, **49-50**, 55, 179
- interdictum de thesauro tollendo*, aangaande het meenemen van schatten
→ 44, **54**
- interdictum recuperandum possessionis*, interdict tot herkrijging van het bezit
→ 56, **71**
- interdictum retinendae possessionis*, interdict tot behoud van het bezit
→ 4, **20**, 22, 28, 29, 33, 45, 47, 52, 71, 77, 133, 181, 289
- interdictum unde vi*, vanwaar met geweld
→ 66, 84, 85, 86, 133, 142, 146, 165, 169, 205, 206, 209, 210, 211, 212, 213, 249, 285, 288, 385, 428
- interdictum uti possidetis*, zoals gij bezit
→ XI, 7, 19, 20, **41**, 149, 153, 154, 165, 169, 202, 205, 206, 213, 225, 282, 283, 284, 288, 359
- interdictum utrubi*, wie van beide
→ XI, 4, 19, 20, 22, 23, 26, 27, 28, 29, 30, 38, 40, **41**, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 51, 52, 53, 56, 57, 48, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 153, 206, 213, 225

interpretatio passiva, lijdelijke interpretatie

→ **230**

iuris quasi possessio, quasi (iuris)

possessio, servituten- of rechtsbezit

→ VIII, 79, 81, **85**, 122, 123, 132, 146, 156, 171, 197, 206

ius proprium, inheems recht

→ **92**

J

juge de paix, vrederechter

→ XII, 197, **214 e.v.**, 215, 216, 217, 218, 219, 254, 255, 256, 258

K

kort geding

→ VI, XVII, XXI, XXII, 162, 168, 171, 300, 361, 362, 363, 364, 379, 384, 386, 388, 389, 396, 398, 407, 414, 415, 416, 417, 420, 421, 422, 424, 426, 429, 432

L

l.a.s.i.r., legis actio sacramento in rem

→ 4, **8 e.v.**, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 24, 34, 37, 38, 42, 49, 64, 65, 66, 70

Landrecht

→ **94**, 96, 97, 102, 103, 110, 113, 115, 118, 128, 137, **145**, 360

‘leer Eggens’

→ **XX**

le mort saisit le vif, zie ook: de dode erft den de levenden; *der Tote erbt den Lebend(ig)en*

→ VII, 120, 157, 174, 177, 178, 179, 183, 199, 200, 201, **254 e.v.**, 268, 269, 277, 279, 301, 332

Legitimatieleer, zie ook: ‘nieuwe leer’

→ 372, 377, 379, 384, 385, 387

Lehnrecht

→ **94**, 106, 115, 118, 120, 128

levering, *aflevering*

→ 340, **341**, 342, 343, 351, 352

levering, *bezits- of eigendomslevering*

→ 343

levering, *bezitsverschaffing*
 → 68, 228, 255, 333, 335, 341, 351, 352, 405
 levering, *délivrance*
 → 333, 342, 343, 344
 levering, *feitelijke* -
 → XX, 333, 335, 336, 340, 344, 350, 351, 353
 levering, *in het bezit stellen*, zie ook:
 Hadriaanse inbezitting
 → 302, 333 e.v., 334, 341, 342, 344, 419
 levering, *inbezitting*
 → 351
 levering, *juridische* -
 → XX, 333, 335, 336, 340, 344, 350, 351, 352, 353
 levering, *livraison*
 → 343
 levering, *oplevering*
 → 351
 levering, *remise*
 → 340, 343
lex Atinia de usucapione, aangaande
 verjaring
 → 61, 62, 63, 76, 239
lex Fabia de plagiariis, aangaande
 mensenroof
 → 46
 Libri Feudorum
 → 127
 Londens besluit
 → 380, 381, 382
 LUVI, *Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels*, zie ook: EWIK
 → 333, 339

M

mancipatio
 → 35, 36, 49, 64, 67, 138, 335
 mandament van complainte
 → XI, 111, 117, 146, 147, 148 e.v., 155, 156, 158, 160, 162, 164, 168, 174, 177, 178, 262, 263, 267, 412
 mandament van inmissie, zie ook:
 Hadriaanse inbezitting
 → XVI, 146, 177, 178-179, 182, 183, 227, 262, 267, 268, 301

mandament van maintenue
 → X, XI, 80, 146, 162 e.v., 164, 167, 169, 174, 175, 177, 178, 179, 182, 183, 261, 262, 268, 412
 mandament van spolie, zie ook:
réintégrande, *actio spolie*
 → XI, XV, 79, 80, 82, 146 e.v., 147, 178, 195, 262, 263, 266, 267, 299
meubles n'ont pas de suite
 → zie: *mobilier non habent sequelam meum esse ex iure Quiritium*
 → 10, 24
missio in possessionem ex edicto Hadriani
 → zie: Hadriaanse inbezitting
mobilier non habent sequelam
 → 238

N

‘nieuwe leer’ zie ook: legitimatieleer
 → 357, 367, 374, 368, 369, 370, 371, 381, 382
 Nieuwiche
 → 149-150, 164, 226
 normaaltype
 → 391, 392-393, 395, 414
nudus detentor, bloot-houder
 → 125, 203, 331, 323, 325, 326, 328, 429

O

Olim
 → 137, 151, 171, 224, 225
omnia iudicia pecuniaria sunt
 → 14
 onrechtmatige daad, actie uit
 → XVII, XIX, XXI, XXII, 298, 299, 300, 328, 361, 362, 363, 364, 379, 380, 382, 384, 385, 386, 388, 389, 393, 396, 398, 399, 400, 402, 405, 407, 414, 415, 416, 417, 420, 421, 422, 424, 426, 429, 431, 432, 433
 Ontwerp 1816
 → XIV, XV, 195, 261, 262 e.v., 263, 265, 266, 268, 269, 270, 273, 287
 Ontwerp 1820
 → XV, 195, 196, 264 e.v., 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 273, 274, 277, 278, 281, 334

Ontwerp 1899 (ook wel: Ontwerp 1898)
→ XVI, 346, 409, 410, 411, 415
Ontwerp van der Linden (OVL)
→ 194, 220, 221, 243, 249, 250
‘oude leer’
→ 367, 369, 370

P

peregrini, peregrijnen
→ 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72
perte, verlies
→ XV, 222, 225, 229, 234, 254, 289, 292, 304, 305, 408
petitoir
→ VIII, 42, **145**, 163, 168, 171, 216, 256, 257, 258, 319
plègement, *plègemens*
→ **233**
politieele verklaring
→ 5, **34 e.v.**, 37, 38, 39, 40, 44, 43, 64
possessie, feitelijke –
→ 149, 157, 172
possessie, juridische – (= ‘saisine’)
→ 149
possessio, civilis
→ VIII, 198, 293
possessio, iusta
→ 137
possessio, naturalis
→ VIII, 80, 293
possessio, pro possessore
→ **202**
possession annale
→ 100, **106**, 108, 109
possession is title (against a wrongdoer)
→ 242
possession vaut titre
→ XIV, 154, 173, 222, 225, **227**, 231, 241, 242, 254, 305, 335
possessiones
→ **35**, 36
possessoir
→ 145, 256
possessor alieno nomine
→ **203**, **323**
praescriptio longissimo temporis
→ 236, 238, 240, 354
prebende, kerkelijke bezitting
→ 205, 208
precarium
→ zie: bezit ter bede

prior tempore potior iure, de oudere in tijd heeft het sterkere recht
→ 393, 414
procedurele verklaring
→ **4**, **20 e.v.**, 29

Q

quasi possessio, rechtsbezit, zie ook: *iuris quasi possessio*
→ VIII, 79, 81, **85**, 122, 132, 146, 155
Quiritisch recht
→ **10**, 12, 15, 17, 18, 34, 36, 37, 38, 64

R

Realbesitz
→ zie bezit, *Realbesitz*
Recensio Accursiana
→ **127**
Recensio Obertina
→ **127**
registergoederen
→ 345, 348, 350
registervervuiling
→ XXI, **345**, **347**, 350, 353
réintégrande, zie ook: *actio spoli*, mandament van spoli
→ XII, XV, **79**, 196, **209 e.v.**, 210, 211, 212, 213, 239, 256, 266, 267, 281, 282, 285, 286, 287, 288, 290, 291, 292, 293, 297, 298, 299, 306, 407
replicatio doli, repliek van onbehoorlijkheid
→ 415, **425**
replicatio rei venditae et traditae, repliek van de gekochte en de geleverde zaak
→ **18**, **356-357**, 415
res furtiva, gestolen zaken
→ **61**, 62
res mobiles, roerende zaken
→ VIII, **112**, 210, 2223
res soli, onroerende zaken
→ VIII, 22, **112**, 223
restitutio in integrum, herstel in oude toestand
→ 363, 385, 396
revendiquer
→ 205, 222, 229, 254, 304, **305**

S

sacramentum
→ 10, 11, 15, 65, 66
saïsine, saïsine facti
→ VIII, XII, **170**, 173, 174, 182, 183, 198, 199, 206
saïsine, saïsine iuris
→ VII, VIII, XII, **170**, 171, 172, 173, 175, 182, 183, 184, 198, 199
saïsine, faïfine annuele
→ **171**
saïsine, simple saïsine
→ **171**, 172, 173, 174
saïsine, titel en saïsine
→ **171**, 172, 173
saïsine, vraie -
→ VIII, 106, **107**, 206, 229, 234, 244, 420
servitutenbezit
→ zie: *iuris quasi possessio*
spoliata ante omnia redintegranda of:
spoliatus ante omnia restituendus
→ IX, X, **82**, 210, 213, **250**, 416, 417, 425, 426
spolii conscius
→ 84, 212, 288
sponsio praeiudicialis
→ **15 e.v.**, 18, 24
Stichus
→ **45**
stipulatio
→ 15, 67
summarium, summaarsimum
→ **167**, 168, 169

T

titre coloré, schijnbaar geldige titel
→ **108**
traditio, bezitsverschaffing
→ 67, 99, 138, 228, 255, 334, **335**, 357
trouble
→ XV, 125, 126, 150, 151, 154, 195, 196, 198, 204, 206, 207, 213, 225, 233, 257, 282, 284, 289, 292, 408

U

usucapio, verkrijgende verjaring
→ 61, 62, 63, 64, 71, 109, 204, 214, 232, 237, 239, 255, 354

V

verbod van eigenrichting
→ 250, 417, 425
verjaring, bevrijdende
→ XIV, 109, 245, 246, 349, 355
verjaring, verkrijgende
→ XIV, XXII, 36, 61, 62, 63, 81, 136, 227, 228, 230, 232, 236, 237, 239, 245, 246, 251, 255, 284, 322, 336, 345, 346, 347, 349, 350, 353, 354, 356, 370, 371, 411, 413
Verschweigung, verzwijging
→ XIV, **107**, 109, 110, 187, 206, 229, 230, 232, 234, 239, 241, 288, 290, 355, 413, 420, 424
verweer van gebrekkig bezit
→ zie *exceptio vitiosae possessionis*
vestitura
→ **94, 95**, 121, 235
vindicatio, opeising
→ 11, 57, 63, 64, 65, 71, 235, 355
vitieus bezit, zie ook: *exceptio vitiosae possessionis*
→ 161, 419
vraagpuntenprocedure
→ 2, **273 e.v.**, 274, 276, 278, 312
vrederechter
→ zie: *juge de paix*

W

weersman
→ **97**, 98
Wo Du Deinen Glauben gelassen hast, dort sollst Du ihn suchen
→ **114**

X

XII Tafelenwetgeving
→ 9, 11, 15, 48, 55, 239

Z

zakelijke verklaring
→ 5, **63 e.v.**, 64, 73

